UNIVERSITÉ DE RENNES — FACULTÉ DE DROIT

LE COMMERÇANT

Propriétaire de l'Immeuble où il exploite son Fonds de Commerce

THESE POUR LE DOCTORAT

L'acte publié sur les matières ci-après sera présenté et soutenu
LE LUNDI 6 MARS *à 15 heures*

PAR

Jean SILLARD

JURY :

MM. TRASBOT, *Professeur.*
LENOAN, *Professeur.*
LAGARDE, *Président.*

1933

LE COMMERÇANT

Propriétaire de l'Immeuble

où il exploite

son Fonds de Commerce

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses : ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE RENNES — FACULTÉ DE DROIT

LE COMMERÇANT

Propriétaire de l'Immeuble où il exploite son Fonds de Commerce

THESE POUR LE DOCTORAT

L'acte publié sur les matières ci-après sera présenté et soutenu
LE LUNDI 6 MARS *à 15 heures*

PAR

Jean SILLARD

JURY :

MM. TRASBOT, *Professeur.*
LENOAN, *Professeur.*
LAGARDE, *Président.*

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

INTRODUCTION

1. Le principe du respect de la volonté individuelle et de la liberté des conventions permet aux praticiens de s'adapter, au moins partiellement, aux circonstances et aux nécessités économiques; mais leurs facultés sont limitées par des bornes légales que leurs initiatives doivent, bon gré, mal gré, respecter. Aussi, répondant aux appels de la vie des affaires, et enregistrant ses apports, le législateur doit vite intervenir pour mettre les règles juridiques anciennes en accord avec les besoins actuels.

Ainsi, apparaît peu à peu un statut légal propre aux fonds de commerce. Ceux-ci, à la fois valeurs importantes dans certains patrimoines et source de gains appréciables, ont pris rapidement une importance de premier plan; mais les règles de droit qui y sont relatives n'ont pas encore atteint un développement satisfaisant les exigences pratiques. L'œuvre législative est seulement en voie d'élaboration; la loi du 17 Mars 1909 traitant des deux contrats les plus fréquents, la loi du 18 Mars 1919 tendant à la création d'un registre du commerce, la loi du 30 Juin 1926 sur « la Propriété Commerciale » ne sont que les premiers éléments d'une législation particulière. Celle-ci, loin d'être parfaite, sera, pendant longtemps encore, l'objet d'additions et de modifications.

De nombreuses études sont intervenues dans le but de participer à la formation de ce statut, et de montrer comment, sans en méconnaître les résultats heureux, il semblait opportun de se séparer, au moins partiellement, de règles anciennes qui ne sont plus en accord avec les réalités économiques.

Notre but serait atteint si le travail que nous allons entreprendre pouvait être considéré comme une très modeste contribution à l'étude plus générale des fonds de commerce.

Notre désir est de tenter d'attirer l'attention sur une situation qui, bien que particulière, n'en est pas moins fréquente et digne d'intérêt : la réunion dans les mêmes mains de la propriété d'un immeuble et de la propriété du fonds de commerce qui y est exploité. Le résultat de cette étude sera nécessairement imparfait; le heurt à des règles juridiques inflexibles est impossible à éviter, et seul le législateur, édictant des mesures opportunes, pourrait satisfaire intégralement la pratique; les décisions des tribunaux, au moins en certaines matières, ne font pas apercevoir une règle dont l'application ait été générale; nous n'avons pas trouvé non plus d'études doctrinales portant sur l'ensemble de la matière. Passer d'études particulières à une vue d'ensemble satisfaisante est tâche difficile en l'absence de directives doctrinales ou jurisprudentielles, et nous n'aurions pas entrepris ce travail sans avoir acquis la certitude des intérêts pratiques qu'il peut présenter.

2. Le désir du commerçant sérieux est d'abord d'assurer la marche normale et heureuse de son exploitation, puis et en conséquence, de la développer et

d'obtenir ainsi un accroissement de bénéfices. Cette intention peut se traduire de diverses façons : achat de matériel plus perfectionné, ou embauchage de salariés nouveaux, par exemple; mais il est également possible que le commerçant achète l'immeuble où il est établi, ou acquière un local dans lequel il transfèrera puis exploitera son fonds de commerce.

Assurément, un locataire d'immeuble à usage d'habitation ou à usage commercial nourrit l'espoir d'en devenir un jour propriétaire; toutefois pour le commerçant et surtout pour l'industriel, il y a plus que ce désir habituel commandé par la satisfaction éventuelle d'être chez soi. Le cumul de la propriété d'un immeuble et de la propriété du fonds de commerce qui y est exploité présente en lui-même un intérêt certain, et on comprend fort bien qu'un commerçant destine les premiers bénéfices qu'il a réalisés à l'acquisition d'un immeuble.

Au placement de fonds particulièrement recommandable en lui-même se joint l'avantage très appréciable du développement probable, sinon certain, de l'instrument de travail qu'est le fond de commerce. Le propriétaire a alors toute sécurité pour l'avenir, puisque, sans crainte d'être congédié, il pourra mener à bien son entreprise dans un local avantageusement situé. De plus, le bénéfice de cette stabilité dans l'espace se complète par la faculté de pouvoir s'installer suivant les modalités les plus favorables au développement de l'entreprise, et d'apporter librement à l'immeuble les modifications et transformations imposées par les nécessités techniques de la profession.

Du reste, il est aisé de se rendre compte des avantages et de la fréquence du cumul des deux propriétés;

il suffit de remarquer que cette situation s'impose comme une nécessité dans certaines exploitations pour lesquelles, en raison de considérations pratiques, l'immeuble est *en fait* l'accessoire du fonds; quant aux sociétés commerciales, destinées à vivre plus longtemps que les simples individus et disposant de capitaux plus importants, elles sont en général propriétaires de leurs immeubles, souvent même dès leur constitution.

On observera peut-être que tous les commerçants ne pensent pas ainsi; nous l'admettons volontiers, mais il importe de remarquer alors qu'il s'agit, non pas de ceux qu'on pourrait appeler des « Commerçants de métier », mais d'individus qui, désireux avant tout spéculer, s'improvisent commerçants; tels tous ceux qui se sont livrés à l'agiotage sur les fonds de commerce entre les années 1924 et 1928.

La situation que nous étudions correspond donc, et est favorable en définitive, à un état de stabilité économique. C'est là une raison de plus qui eût dû pousser le législateur à l'examiner.

3. Comment se traduit sur le plan juridique cette situation économiquement désirable?

Admettre que la réunion dans les mêmes mains des deux qualités de propriétaire d'un immeuble et de propriétaire du fonds de commerce qui y est exploité puisse se réaliser sans difficultés serait ignorer que les attributs du droit de propriété ont souffert récemment diverses limitations légales; des législations particulières, mais de grande importance pratique, sont nées, et elles constituent autant d'obstacles à l'établissement par le propriétaire dans son immeuble, d'un fonds de commerce.

Mais dès que le cumul pourra être effectivement réalisé, le commerçant propriétaire détiendra-t-il du moins une plénitude de droits lui assurant le maximum de possibilités? Le principe de la liberté du commerce, semble-t-il, s'allie à son profit à l' « Usus, fructus, et abusus » d'un double droit de propriété portant sur l'immeuble et sur le fonds de commerce. Le crédit, nécessité pour tous commerçants, lui sera largement consenti car il aura en propriété un capital important susceptible de donner entière sécurité à ses créanciers; et si, au bout de quelques années, il vend son exploitation, cette réalisation s'opérera sans difficultés.

Malheureusement le tableau s'obscurcit vite, et bientôt on se demande si les règles juridiques permettront au commerçant propriétaire de profiter de tous les avantages qui apparaissaient sur le terrain économique.

Les entraves juridiques, limitant ainsi les facultés économiques souhaitées, proviennent de la co-existence de la vieille propriété immobilière et d'une propriété mobilière, plus récente et de nature spéciale. Leur soudure, en quelque sorte, est mal faite.

Le fonds de commerce, réunion d'éléments divers, corporels et incorporels, est démembré de certains de ceux-ci, droit au bail et matériel, qui se confondent avec les accessoires de l'immeuble. Qu'advient-il du droit à l'occupation, appelé droit au bail lorsque le commerçant est seulement locataire de l'immeuble? et en outre, le matériel de l'exploitation, qui, par application d'une théorie civiliste peut prendre la qualité d'immeuble par destination, ne se lie-t-il pas défini-

tivement, au point de vue juridique, à l'immeuble par nature?

De graves difficultés existent, et les conflits qui interviennent entre créanciers du fait de l'immeuble et créanciers du fait du fonds de commerce en sont une preuve. Tout le crédit du commerçant est en jeu. Bien qu'étant de nature juridiques différentes, immeuble et fonds de commerce n'en sont pas moins étroitement liés en fait; il nous appartiendra de tenir compte des nécessités pratiques et de tenter de parvenir, grâce à l'application des principes généraux du droit, à une mise en œuvre avantageuse et équitable des règles relatives à ces deux biens.

4. PLAN. — Nous diviserons cette étude en deux parties :

Dans une première partie, nous examinerons la portée réelle, étant données les solutions jurisprudentielles, des entraves légales à la réunion dans les mêmes mains des deux propriétés de l'immeuble et du fonds de commerce qui y est exploité.

Puis dans une seconde partie, nous étudierons les conséquences du cumul des propriétés de l'immeuble et du fonds de commerce lorsqu'il a été effectivement réalisé.

1re PARTIE. — *Réunion dans les mêmes mains des propriétés de l'immeuble et du fonds de commerce qui y est exploité.*

2me PARTIE. — *Conséquence du cumul des propriétés de l'immeuble et du fonds de commerce.*

PREMIÈRE PARTIE

Réunion dans les mêmes mains des Propriétés de l'Immeuble et du Fonds de Commerce qui y est exploité

Réunion dans les mêmes mains des Propriétés de l'Immeuble et du Fonds de Commerce qui y est exploité

5. La naissance de la situation juridique que nous étudions peut avoir lieu dans des circonstances variées dont certaines ne soulèvent pas de difficultés. Tantôt un commerçant, qui n'avait que la jouissance de l'immeuble dans lequel il exploite son fonds de commerce, en devient propriétaire en vertu d'une mutation à titre onéreux ou à titre gratuit. Les règles habituelles d'acquisition des immeubles s'appliquent normalement, et il n'existe aucun obstacle au cumul immédiat des qualités de commerçant et de propriétaire. Le commerçant continuera à jouir de l'immeuble, à un titre nouveau, il est vrai : celui de propriétaire; mais peu importe ici.

Tantôt, c'est le propriétaire d'un immeuble qui désire y établir personnellement un fonds de commerce. Il peut le faire librement; c'est là une simple conséquence du droit de propriété qui lui permet d'user de sa chose comme bon lui semble.

Assurément, certaines restrictions à cette liberté apparaissent bien. Les unes sont d'origine légale et se justifient par l'intérêt général; on sait que la liberté

du commerce et de l'industrie souffre des limitations diverses [1], et certains établissements, notamment, classés dangereux, incommodes ou insalubres, ont fait l'objet d'une législation toute spéciale [2]. Les autres sont d'origine conventionnelle : des droits ont peut-être été consentis à des tiers sur l'immeuble, ou bien, par exemple, le propriétaire a pris, à l'égard d'un acquéreur antérieur de son fonds de commerce, l'engagement de ne pas s'établir de nouveau commerçant avant une certaine date, ou dans une zone déterminée [3].

Mais de telles situations se présentent pour tout usager d'immeuble, et les difficultés qu'elles engendrent ne sont pas particulières au cas du propriétaire désirant exploiter un fonds de commerce dans son immeuble.

---

(1) Rép. Prat. DALLOZ « *Industrie et Commerce* ». T. 7, p. 143 et suiv. et Sup. 1929, p. 281.

(2) Loi du 10 Décembre 1917, D. P. 1919, 4, 10.
Rép. Prat. DALLOZ « *Manufactures et ateliers dangereux, insalubres ou incommodes* ». T. 8., p. 24 et suiv. et Sup. 1929, p. 444.

(3) Ces clauses sont licites à condition que l'interdition de se rétablir ne soit ni permanente ni absolue.
LACOUR et BOUTERON, n° 840, p. 615.
THALLER et PERCEROU, n° 84, p. 70.
Paris 12 Janvier 1898, D. P. 1898, 2, 350.
Req. 17 Mai 1911, D. P. 1913, 1, 342.
Req. 6 Novembre 1923, D. P. 1925, 1, 144.
Civ. 15 Juin 1922. D. P. 1925, 1, 213.
Lyon 1er Mars 1926, Sirey 1926, 2, 97, note de M. CHAVEGRIN.
Alger 5 mai 1926 (1er Arrêt), D. P. 1927, 2, 143, note de M. CHAUVEAU.
Civ. 26 Mars 1928, S. 1928, 1, 204.
Req. 17 Oct. 1928, S. 1929, 1, 53.
Req. 19 Déc. 1928, D. H. 1929, 52.
Nancy, 9 Juin 1931, S. 1932, 2, 43.

Il existe cependant des entraves propres à la réunion des deux qualités de propriétaire et de commerçant relativement au même immeuble. Ces obstacles résultent d'une législation récente.

Depuis la guerre 1914-1918, le législateur a, en effet, estimé devoir intervenir en faveur des locataires dans les difficultés relatives au contrat du bail.

Le problème du logement dont l'importance sociale ne peut être méconnue, et qui a provoqué à peu près dans tous les pays des mesures temporaires, a, le premier, fait l'objet d'une législation dont le but est notamment d'éviter les expulsions de locataires. Ce sont, en particulier, les lois des 9 Mars 1918, 1er Avril 1926, et 29 Juin 1929, textes à la base d'une législation spéciale, temporaire en principe, mais dont les effets se prolongent; il est permis de douter du retour prochain au droit commun.

D'autre part, les campagnes menées dans le pays par les commerçants et industriels locataires, surtout par les détaillants, ont abouti au vote de la loi du 30 Juin 1926; et ce texte réduit, sinon juridiquement du moins pratiquement, le droit d'expulsion du bailleur en fin de bail. Bien que le statut de la « propriété commerciale » ne soit pas définitif, et que la refonte de la loi soit en discussion devant le Parlement, cette législation est d'autant plus importante qu'il s'agit de mesures permanentes et non plus temporaires, et que l'évolution législative aboutira, vraisemblablement, à réduire davantage la liberté du bailleur.

Ainsi les obstacles apportés à la réunion dans les mêmes mains des propriétés de l'immeuble et du fonds de commerce qui y est exploité, diffèrent selon que l'immeuble dans lequel sera exploité le fonds était

antérieurement à usage d'habitation ou à usage commercial. Nous étudierons successivement ces deux situations.

TITRE I. — *Etablissement d'un fonds de commerce dans un immeuble, à usage d'habitation, par le propriétaire de cet immeuble.*

TITRE II. — *Etablissement d'un fonds de commerce dans un immeuble à usage commercial ou industriel, par le propriétaire de cet immeuble.*

TITRE PREMIER

Etablissement d'un Fonds de Commerce dans un immeuble à usage d'habitation par le Propriétaire de cet Immeuble

Conséquences des lois du 1er Avril 1926 et du 29 Juin 1929

6. Le propriétaire d'un immeuble à usage d'habitation peut en principe en changer librement la destination, et le transformer en immeuble à usage commercial ou industriel.

Mais il existe actuellement à cette règle une exception d'une importance pratique considérable et dont le champ d'application est vaste. L'article 20 de la loi du 1er Avril 1926, modifiée par la loi du 29 Juin 1929 [1],

(1) Loi du 1er Avril 1926, D. P. 1926, 4, 113. Commentaire de M. J. Estève, S. 1927, Lois Annotées, 609.
Loi du 29 Juin 1929, D. P. 1929, 4, 241. Commentaire de M. J. Estève, S. 1929, Lois Annotées, 2321.
Sur le rôle véritable de la loi du 29 Juin 1929, voir : Ch. réunies, 13 Janvier 1932, D. P. 1932, 1, 18 : l'objet de cette loi est non pas d'interpréter les articles de la loi du 1er Avril 1926, mais de les modifier et de les compléter à dater du 1er Juillet 1929 et sans rétroactivité.
Sur ces problèmes, consulter « *La législation des loyers* », par M. L. Ropers et A. Dubrujeaud, et : Rep. Prat. Dalloz, suppl., Tome II, « *Louage* », p. 408.

porte interdiction de la transformation totale ou partielle, même par reconstruction, jusqu'au 1er Juillet 1939, d'un local affecté à l'habitation en local commercial ou industriel, dans les communes où la loi est est applicable. Il convient de bien fixer la portée de cette disposition; cette législation spéciale, dont le but est de lutter contre la raréfaction des locaux à usage d'habitation, est moins sévère lorsque la transformation matérielle projetée n'aboutit pas à l'expulsion de locataires ou occupants, et qu'elle est une cause de gêne seulement pour son auteur. Deux situations doivent donc être distinguées.

Le propriétaire habite dans l'immeuble transformé

7. Le commerçant, qui habite réellement dans les lieux même où il désire exploiter son fonds, peut prélever, sur les locaux destinés antérieurement à son habitation, les pièces nécessaires à l'exploitation de son fonds de commerce. La désaffectation d'un immeuble à usage d'habitation est, en effet, possible, aux termes de l'alinéa 5 de l'article 20, lorsque la transformation a pour objet « de permettre au propriétaire « de l'immeuble, à son conjoint ou à ses ascendants, « d'exercer dans cet immeuble un commerce ou une « industrie, dans les locaux dans lesquels il continue « d'habiter ». Bien que cette disposition soit un simple rappel du droit de propriété, elle a le caractère d'une exception dans l'ensemble de la législation sur les loyers, et doit être interprétée restrictivement; toutefois, étant donné les raisons qui ont déterminé l'admission des exceptions, on admet la même solution que l'habitation ait lieu à la suite de la reprise du

local en vertu de l'article 5 de la loi, où qu'elle soit la simple continuation de l'habitation antérieurement en cours.

Le propriétaire n'habite pas dans l'immeuble transformé

8. Faut-il en déduire qu'un propriétaire qui n'habite pas l'immeuble transformé ne pourra, sans encourir les sanctions de la loi le destiner entièrement à un usage commercial? Non pas, car il lui suffira de faire en sorte que les deux autres exceptions prévues à l'alinéa de l'article 20 soient applicables.

Ou bien, l'immeuble, malgré sa nouvelle affectation, continuera à servir d'habitation à des personnes en nombre au moins égal à celles qui l'occupaient précédemment, le propriétaire y réservant, par exemple, des logements pour des employés.

Ou bien, le propriétaire pourra, par compensation, construire une autre maison, ou aménager pour l'habitation un local qui n'avait pas antérieurement cette destination, ou s'intéresser pécuniairement à la construction de maisons à bon marché; les immeubles ainsi nouvellement affectés à l'habitation devront être de même importance que ceux transformés en locaux commerciaux, d'une valeur locative équivalente, et être situés dans la même commune ou au moins dans la même agglomération.

Le juge appréciera souverainement si les conditions de fait ainsi exigées sont ou non remplies, et il en déduira la possibilité pour le propriétaire d'effectuer, ou non, la désaffectation de son immeuble.

Sanctions

9. En dehors de ces situations, la transformation de locaux d'habitation en locaux commerciaux est

interdite, et le respect de cette prohibition est assuré par des sanctions pénales [1] Le propriétaire n'effectuant pas la désaffectation dans le cadre des règles que nous venons de rappeler pourrait être l'objet de poursuites. Celles-ci aboutiraient, outre les dommages et intérêts qui peuvent être alloués au locataire congédié, à une amende de 1 à 5 francs en vertu de l'article 471 § 15 du Code pénal, et à une condamnation à affecter l'immeuble de nouveau à sa destination antérieure [2]; cette condamnation a le caractère d'une réparation au profit d'un tiers et ne peut, en conséquence, être éteinte par une loi d'amnistie [3].

Le propriétaire doit exécuter le jugement dans le délai imparti par les juges; sinon, des poursuites correctionnelles étant possibles, il sera condamné à une amende de 1.000 à 10.000 francs, en principal; et le tribunal ordonnera l'exécution des travaux de réaffectation à ses frais [4].

En résumé, la création d'un fonds de commerce dans un immeuble antérieurement à usage d'habitation, par le propriétaire de cet immeuble, est contrariée lorsqu'elle n'est pas compensée par l'affectation d'immeubles nouveaux à l'habitation, à moins que le propriétaire continue à habiter dans une partie de l'immeuble, au cas où celui-ci n'était pas loué antérieurement.

---

(1) Thèse de M. Roger REYNAL, Toulouse 1930 « *Sanctions pénales édictées par la législation sur les loyers après la loi du 29 Juin 1929.* Spécialement p. 69 et 84.

(2) Crim. 21 Fév. 1925, S. 1926, 1, 144. D. H. 1925, 199 (2e arrêt). Crim. 29 Mai 1925 S. 1926, 1, 239. D. H. 1925, 468.

(3) Trib. Cor. de la Seine 26 Avril 1932, D. H. 1932, 357.

(4) Paris 19 Déc. 1931, S. 1932, 2, 32.

TITRE II

Etablissement d'un Fonds de Commerce dans un immeuble à usage commercial ou industriel par le Propriétaire de cet immeuble

Conséquences de la loi sur la propriété commerciale

10. Lorsqu'un immeuble à usage commercial ou industriel est libre, étant par exemple de construction toute récente, il n'y a pas de difficultés.

Mais les obstacles particulièrement nombreux, apparaissent lorsque l'immeuble est loué à un commerçant pouvant invoquer en fin de bail la loi, dite « Loi sur la Propriété commerciale ».

Cette loi du 30 Juin 1926, dans l'espoir d'atteindre le but d'équité qu'elle visait, a envisagé spécialement la reprise de son immeuble loué commercialement, par un propriétaire en vue d'une affectation commerciale. Dans les limites de ce cas particulier, et en tant qu'obstacle spécial à l'établissement par le propriétaire dans son immeuble d'un fonds de commerce, elle doit être étudiée ici. Nous écartons donc toutes les

considérations d'ordre général sur cette loi, toutes les conditions communes, soit de fond, soit de forme, préalables aux réclamations d'indemnité, tous les cas particuliers autres que notre hypothèse [1]. Notre travail doit se cantonner à l'étude des obstacles nés de la loi du 30 Juin 1926 et susceptibles d'entraver la reprise par un propriétaire de son immeuble en vue d'une affectation commerciale. Déterminer quels sont ces obstacles légaux, quelle en est l'importance réelle, étant donné l'interprétation jurisprudentielle, tel est notre seul but.

Economie générale de la loi du 30 Juin 1926

Les Indemnités

11. — La loi du 30 Juin 1926 est une réelle innovation, car, auparavant, on ne peut trouver aucun texte soit législatif, soit jurisprudentiel qui l'ait annoncée; et cette innovation est grave puisqu'elle porte une atteinte au droit de propriété en créant, à titre définitif, au profit des locataires d'immeuble à usage commercial ou industriel un droit nouveau : le droit à diverses indemnités.

---

(1) Loi du 30 Juin 1926, D. P. 1926, Commentaire de M. A. Trasbot, 4me partie, p. 256.

Sirey 1927. Lois Annotées, p. 945.

Loi du 22 Avril 1927, D. P. 1927, Commentaire de M. A. Trasbot, 4me partie, p. 297.

Sirey 1927. Lois Annotées, p. 980.

Sur la Propriété Commerciale. voir en particulier : Robert Martin et René Maus. « *Traité théorique et pratique des baux commerciaux et industriels. Propriété Commerciale* ». D. 1928 et supplément 1929. Marin. « *Traité théorique et pratique sur la Propriété Commerciale* ». Sirey 1928 et supplément 1932.

Thèse de M. Senesse, Toulouse 1932, « *La Propriété Commerciale* ».

Le propriétaire d'un immeuble loué commercialement pourra toujours en effectuer la reprise en fin de bail; en aucune circonstance, la loi nouvelle ne l'oblige à renouveler le bail à son locataire [1]. Mais au cas de refus de renouvellement insuffisamment justifié, il doit lui verser une indemnité, dite « indemnité d'éviction », destinée à réparer tout le préjudice causé par le fait du congédiement.

Cette indemnité, fondée sur l'idée d'abus du droit, n'est pas la seule qui puisse être imposée au propriétaire; celui-ci pourra être assujetti également, dans certaines conditions, au paiement de deux autres indemnités créées par le législateur en application de la notion d'enrichissement sans cause : indemnité de plus-value s'il bénéficie des aménagements réalisés par son locataire dans l'immeuble, et indemnité d'enrichissement due par lui en tant que nouvel occupant exerçant le même commerce que le locataire congédié.

L'étude de la loi sur la propriété commerciale aboutit en réalité à la connaissance du jeu de ces diverses indemnités [2].

Les Présomptions

12. Le législateur eût dû se contenter de reprendre, en la développant, la théorie jurisprudentielle de l'abus du droit; mais il est allé plus loin; estimant que la situation normale est celle de l'absence de

---

(1) Civ. 10 Juin 1929, D. H. 1929, 377.; — S. 1929, 1, 366.
Rennes, 10 Fév. 1930, Recueil Rennes 1930, 52.
Paris, 24 Nov. 1930, G. P. 1931, 1, 249.
Req. 14 Mars 1932, G. P. 1932, 1, 82.

(2) Thèse de M. Colin de Verdière. Paris 1929. « *Des indemnités dues au commerçant en raison de la loi sur la Propriété Commerciale* ».

motifs légitimes, il impose au propriétaire actionné en indemnité de se justifier en établissant le but sérieux de sa reprise.

Dans le droit commun de la loi, le défaut de renouvellement du bail à son expiration est donc considéré comme abusif; le propriétaire qui désire reprendre l'immeuble doit l'indemnité d'éviction. Cependant celui-ci est admis à faire la preuve que son refus est motivé par des raisons graves existant à l'encontre du locataire : par exemple, le changement de destination ou le manque absolu d'entretien de l'immeuble loué, intervenus en contravention aux clauses du bail [1].

Mais le juste motif de refus de renouvellement apparaît notamment dans diverses situations, fréquentes et dignes d'intérêts; et le législateur devait les prendre spécialement en considération sous peine d'aboutir à une grave méconnaissance des attributs du droit de propriété. Aussi, dans l'article 5 de la loi, il reconnaît le caractère de légitimité à la reprise effectuée par un propriétaire dans l'intention d'occuper personnellement son immeuble, soit à titre d'habitation, soit pour y exploiter un commerce [2].

13. Le propriétaire refusant le renouvellement du bail de son immeuble en vue d'y établir un fonds de

---

(1) Paris 1er Juillet 1928, D. H. 1929, 545.
Req. 7 Juillet 1931, G. P. 1931, 2, 556.
Etude de jurisprudence de M. Louis ROPERS. : « *Du juste motif de refus du renouvellement et du droit de reprise dans les baux commerciaux* ». Revue trimestrielle de droit civil 1932, p. 2 à 17.

(2) Sur la façon dont le texte de l'article 5 doit être interprété, voir : Rapport de M. le Conseiller PILON, D. P. 1932, 1, 83 sous Req. 18 Janvier 1932.

commerce ne doit donc pas en principe l'indemnité d'éviction. Cependant le locataire peut établir, grâce à certaines particularités venant rendre suspects les motifs présumés légitimes, une fraude de la part de son bailleur; l'indemnité d'éviction lui est alors due.

Telle est la règle en matière de reprise d'immeuble par le propriétaire en vue d'une destination commerciale. Elle s'applique très largement, notamment chaque fois que n'auront pas été prévues des exceptions. Celles-ci apparaissent dans certains cas où le législateur a craint que les fraudes soient plus fréquentes; les abus du droit, dont il était opportun de protéger le locataire, ont semblé devoir résulter autant de la qualité de propriétaire elle-même, que de la qualité de commerçant du bailleur de l'immeuble. Notamment les rédacteurs de la loi ont voulu préserver les locataires contre l'acquisition d'un immeuble par un commerçant en vue de l'exercice ultérieur du droit de reprise. Modelant les dispositions qu'ils venaient d'édicter, ils ont apporté à la règle des restrictions, se traduisant par des présomptions renversant le fardeau de la preuve, et les atteintes au droit du propriétaire sont plus graves lorsque celui-ci était établi commerçant antérieurement à la reprise de son immeuble. Cette dernière remarque nous dicte le plan des développements qui suivront.

Projet de réforme de la loi du 30 Juin 1926

14. Observons dès maintenant que peu de temps après le vote de la loi du 30 Juin 1926, la réforme des dispositions qu'elle contenait était déjà à l'étude, le législateur désirant remédier à l'imperfection du texte

initial, et contrarier une tendance jurisprudentielle trop favorable, à son gré, aux propriétaires. Les débats parlementaires qui y sont relatifs sont fort nombreux, un terrain d'entente étant difficile à trouver entre les deux assemblées législatives [1]. Il est à craindre que l'attente de la loi nouvelle ne se prolonge encore longtemps; toutefois nous prendrons soin d'en noter les dispositions, tout au long de ce travail.

(*Voir à l'appendice,* 1re *partie* in fine, *l'état actuel de ce projet,* supra n° 74).

Provisoirement, les locataires commerçants sont maintenus dans les lieux, soit de plein droit, soit par décision du juge des référés. Le législateur, en effet, a désiré leur donner la possibilité de profiter des dispositions nouvelles devant intervenir en leur faveur. Outre que l'idée de surseoir à une loi en attendant un texte meilleur soit contestable, il en est résulté un régime fort regrettable de prorogations [2], mais ce régime de prorogations semble aujourd'hui complètement terminé, le Sénat n'ayant pas adopté le nouveau texte voté par la Chambre des Députés le 29 Décembre 1932, et des expulsions de locataires commerçants étant actuellement en cours.

---

(1) Les derniers débats émanent de la Chambre des Députés aux séances de décembre 1932, aboutissant le 9 décembre au texte rapporté in-extenso à la fin de cette partie, n° 74.

(2) Loi du 27 Mars 1928, D. P. 1928, 4, 177. S. 1929. Lois Annotées 1873.
Loi du 16 Avr. 1930, D. P. 1930, 4, 161. S. 1930. Lois Annotées 2808.
Loi du 11 Juil. 1931, D. P. 1931, 4, 305. S. 1931. Lois Annotées 305.
Loi du 10 Mars 1932, D. P. 1932, 4, 65. S. 1932. Lois Annotées 468.
Loi du 18 Juil. 1932, prorogeant les dispositions de la loi antérieure jusqu'au 1er Janvier 1933. D. P. 1932, 4, 150. Commentaires de M. André Trasbot au Recueil Dalloz.

PLAN

15. En l'état actuel du droit, quelles indemnités pourront, étant donné les circonstances particulières à chaque reprise, être imposées au propriétaire désirant établir un fonds de commerce dans son immeuble? Le législateur a admis, nous le savons, suivant les situations diverses solutions; nous les examinerons successivement.

Nous étudierons d'abord l'établissement par un propriétaire, non commerçant antérieurement, d'un fonds de commerce dans son immeuble.

Puis nous examinerons les conséquences de la reprise, lorsque le propriétaire était déjà établi commerçant antérieurement.

Enfin, dans un très bref appendice nous montrerons en résumé, l'importance véritable des conséquences de la loi du 30 Juin 1926 relativement à la situation particulière que nous étudions.

CHAPITRE PREMIER. — *Etablissement par un propriétaire non commerçant d'un fonds de commerce dans son immeuble.*

CHAPITRE II. — *Etablissement par un propriétaire déjà commerçant d'un fonds de commerce dans son immeuble.*

APPENDICE. — *Conclusion. Etat actuel du projet de réforme.*

CHAPITRE PREMIER

Établissement par un Propriétaire non Commerçant d'un Fonds de Commerce dans son Immeuble

Respect du libre exercice du droit de propriété, sauf possibilité pour le locataire d'établir un abus du droit de la part de son bailleur, telle est la règle en matière de reprise de son immeuble par le propriétaire en vue d'y exploiter un fonds de commerce. Nous diviserons ce chapitre, par conséquent, en deux sections.

Section Première. — Exercice normal du droit de propriété.

Section Deuxième. — Etablissement abusif du commerçant propriétaire dans son immeuble.

Section Première

EXERCICE NORMAL DU DROIT DE PROPRIETE

16. Dans l'hypothèse que nous étudions, la reprise de l'immeuble est rarement abusive; le propriétaire ne devra donc pas, en général, l'indemnité d'éviction. La règle est formelle : en principe, en cas de reprise de l'immeuble par son propriétaire, il n'y a pas lieu au paiement de l'indemnité d'éviction.

Chaque fois qu'un propriétaire qui antérieurement n'était pas commerçant, désire s'établir en cette qualité dans son immeuble, qu'il achète ou crée un fonds de commerce, il ne devra pas l'indemnité d'éviction. Ce principe directeur recevra application toutes les fois que le texte n'aura pas prévu de particularités, et sa portée sera d'autant plus grande que les exceptions apportées par le législateur seront à la fois moins importantes et interprétées strictement en jurisprudence.

Lors des débats parlementaires intervenus récemment à la Chambre des Députés, un amendement fut déposé aux termes duquel la reprise sans indemnité était possible seulement si elle devait aboutir à une occupation bourgeoise de l'immeuble; le propriétaire, refusant le renouvellement en vue d'une destination commerciale eut toujours dû l'indemnité d'éviction. Cet amendement, fut, avec raison, repoussé [1] et le texte actuel de la proposition de loi n'apporte pas de changement à la loi de 1926, en ce qui concerne l'article 5 § 1er [2] (Voir supra n° 74).

17. Toutefois le locataire congédié pourra parfois exiger les autres indemnités; la non-existence d'une indemnité d'éviction rend, en effet, possible le paiement de celle de plus-value, et n'empêche pas que celle d'enrichissement puisse être exigée; le propriétaire pourra même devoir cumulativement les deux. Ces indemnités, fondées sur l'idée d'enrichissement sans cause, méritent d'être étudiées plus amplement; nous

---

(1) Ch. des Dép. 1re Séance du 8 Fév. 1932, J. O. du 9 Fév. 1932. Débat parl. 470 et 476.

(2) Sénat. Séance du 21 Juin 1932. J. O. du 22 Juin 1932. Déb. Parl. 920, 2me col.

les examinerons d'abord. Puis nous verrons quels sont les bénéficiaires des dispositions ainsi étudiées.

Paragraphe 1. — Indemnités fondées sur l'idée d'enrichissement sans cause.

Paragraphe 2. — Bénéficiaires de ces dispositions.

§ 1

Indemnités fondées sur l'idée d'enrichissement sans cause

PLAN

A) Indemnité de plus-value ou d'aménagements.

B) Indemnité d'enrichissement ou de commerce similaire.

C) Cumul ou non-cumul de l'indemnité de plus-value et de l'indemnité d'enrichissement.

A. — INDEMNITE DE PLUS-VALUE OU D'AMENAGEMENTS

La Règle

18. Lorsque le propriétaire profite des aménagements réalisés par son locataire, il doit l'indemnité de plus-value bien qu'il ait effectué la reprise de son immeuble sans abus. Le fait que celle-ci soit légitime laisse subsister, en effet, la possibilité d'un enrichissement en raison des aménagements préexistants.

L'article 7 de la loi du 30 Juin 1926, texte qui n'offre rien de nouveau au point de vue des principes,

porte : « Dans le cas où il exerce la reprise des locaux « loués pour un usage commercial ou industriel, sans « être tenu à l'indemnité prévue à l'article 4, le pro- « priétaire devra, à moins qu'il ne préfère demander « la remise des locaux en état où ils étaient lors de « l'entrée en jouissance, payer au locataire sortant « une indemnité, à concurrence du profit qu'il aura « retiré de la plus-value apportée par lui à la valeur « locative de l'immeuble par suite des aménagements « effectués, si, d'après le bail, ceux-ci ne deviennent « pas la propriété du bailleur, sans que cette indem- « nité puisse dépasser le prix de la main-d'œuvre et la « valeur des matériaux employés. »

Ce texte est donc applicable si le bailleur effectue la reprise de son immeuble dans un but commercial sans être tenu à l'indemnité d'éviction [1]; et c'est même dans la limite de l'hypothèse ici étudiée qu'il peut seulement recevoir application. Lorsqu'un propriétaire, non commerçant antérieurement, désire s'établir en cette qualité dans son immeuble, et ne doit pas l'indemnité d'éviction, il pourra être tenu à l'indemnité d'enrichissement.

Conditions nécessaires

19. Pour que le propriétaire soit ainsi tenu au paiement de l'indemnité de plus-value, plusieurs conditions doivent être remplies.

Première condition. — Absence de clauses du bail. — L'indemnité de plus-value n'est pas obligatoire pour le propriétaire : l'article 7 réserve, en effet, expli-

(1) Robert Martin et René Maus. *Op. cit.*, n° 488 et suiv. et n° 568 et suiv. Supplément p. 143.
Marin. *Op. cit.*, p. 189 à 206 et suppl., p. 21.

citement pleine portée au bail et aux diverses clauses qu'il peut contenir en prévision des difficultés susceptibles de naître lors du congédiement; la convention des parties, même si elle porte que les aménagements deviendront sans indemnité, la propriété du bailleur, doit donc être respectée. Pratiquement, les propriétaires, profitant de ce caractère subsidiaire de l'indemnité de l'article 7, prennent bien soin d'insérer de telles clauses dans les baux qu'ils consentent au commerçant; ils devront donc rarement l'indemnité de plus-value lorsque, dans les baux postérieurs à la loi du 30 Juin 1926, ils auront pris cette précaution.

Seconde condition. — Existence d'aménagements. — Ce sera là une question de fait; l'existence et la quotité de la plus-value résultant des aménagements seront appréciées en fin de bail [1]. Il n'y a plus lieu de distinguer entre dépenses nécessaires, utiles, ou voluptuaires, comme le faisait antérieurement la jurisprudence; il est vrai que les aménagements qualifiés en général de voluptuaires deviennent en matière commerciale des aménagements utiles; sinon le commerçant ne les aurait pas fait exécuter; et si, par hasard, des dépenses voluptuaires ont réellement eu lieu, il y a de fortes chances pour qu'elles ne profitent pas dans l'avenir au propriétaire, et alors, la condition nécessaire de l'enrichissement de celui-ci ne sera pas remplie; l'observation a donc plus d'intérêt théorique, que de portée pratique.

Troisième condition. — Enrichissement du propriétaire. — Les aménagements doivent procurer un enrichissement au bailleur; si celui-ci ne retire pas un

(1) Trib civ. de Aurillac, 17 Janv. 1927. S. 1927, 2, 85.

profit de la plus-value apportée par le locataire sortant à la valeur locative de l'immeuble, il ne devra pas d'indemnité. Cette condition est normale et cadre bien avec le caractère et le fondement de l'indemnité. Tous les aménagements n'auront pas pour résultat d'enrichir le bailleur; certains pourront n'augmenter en rien la valeur nouvelle de l'immeuble; tel est le cas des dépenses voluptuaires ou des dépenses effectués inutilement.

L'enrichissement du propriétaire suppose la conservation par lui des aménagements existants; or, il peut y renoncer et demander au locataire la remise des locaux en l'état où ils étaient lors de l'entrée en jouissance; une seule réserve est apportée : c'est au cas d'existence d'une clause de bail restrictive de cette liberté [1]. Il y a là une conséquence pratique qui méritait d'être signalée, car elle permet au propriétaire d'éviter le paiement de l'indemnité de plus-value.

Quatrième condition. — Appauvrissement du locataire évincé. — Cet appauvrissement sera au plus le prix de la main-d'œuvre et de la valeur des matériaux employés. Le montant de l'indemnité, lorsqu'elle est due, se trouve donc compris nécessairement entre l'enrichissement du bailleur et l'appauvrissement du locataire.

Projet de Réforme de la Loi du 30 Juin 1926

20. La proposition de loi actuellement en discussion n'a pas pour but de modifier l'art. 7 de la loi du 30 Juin 1926; elle ne comprend aucune disposition relative à ce texte.

---

(1) Paris 17 Juil. 1931. G. P. 1931, 2, 815. — Trib. civ. de Laval, 2 Décembre 1931. G. P. 1932, 1, 425 (sous-note).

B) INDEMNITE D'ENRICHISSEMENT OU DE COMMERCE SIMILAIRE

La Règle

21. Il peut arriver qu'en refusant le renouvellement du bail au locataire le propriétaire désireux de s'établir à son tour s'expose à payer l'indemnité prévue par l'article 8 de la loi; en effet, le commerce qu'il entreprend peut être similaire à celui précédemment exploité dans les lieux par le locataire congédié.

Pour que le bailleur ne profite pas ainsi gratuitement d'une clientèle toute constituée, créée ou achetée par un autre, le législateur a fondé une indemnité dite « d'enrichissement ou de commerce similaire », à laquelle le propriétaire sera tenu dans certaines conditions déterminées. Le texte légal contient :

« Si, dans les cinq ans qui suivront l'expiration du « bail, l'immeuble est occupé par un commerce ou une « industrie similaire et que le nouvel occupant tire « un avantage appréciable de l'accroissement de clien- « tèle ou d'achalandage créés ou acquis par le loca- « taire sortant, celui-ci pourra agir contre le nouvel « occupant en indemnité, à concurrence de son enri- « chissement. »

« Cette action se cumulera, s'il y a lieu, avec celle « de l'art. 4. »

Donc, le propriétaire effectuant la reprise de son immeuble et s'y établissant dans un commerce similaire à celui précédemment exploité dans les lieux par le locataire devra l'indemnité de l'article 8, chaque fois

que les conditions d'application de celle-ci seront remplies [1].

Le fait que l'indemnité d'éviction ne soit pas due n'empêche pas ces règles de jouer.

Le locataire pourra même faire évaluer par avance l'indemnité d'enrichissement. L'art. 4 (*in fine*) est formel et doit être respecté; cependant il est illogique et dangereux, puisque l'avantage cause de l'indemnité apparaîtra seulement dans l'avenir à la suite de l'exploitation pendant un certain temps par le nouvel occupant. Aussi certains tribunaux se contentent de désigner des experts qui statueront seulement s'il y a lieu [2].

Projet de Réforme de la Loi du 30 Juin 1926

22. La rédaction de l'article 8 dans la proposition de loi actuellement en discussion est la suivante :

« Sous réserve du cas de cession du fonds de commerce au propriétaire qui a exercé le droit de reprise, celui-ci ne pourra pendant le délai de cinq ans, soit par lui-même, soit par le nouvel occupant qu'il se

---

(1) Ces conditions, dont l'existence doit être prouvée par le locataire congédié, sont identiques pour tout nouvel occupant de l'immeuble, propriétaire ou locataire nouveau : 1°) Exploitation d'un commerce similaire ; 2°) Dans le délai de cinq ans de l'expiration du bail. 3°) Avantages appréciables tirés par le nouvel occupant d'un accroissement de clientèle ou d'achalandage créé ou acquis par le locataire sortant.

Robert Martin et René Maus, *op. cit.*, n° 486 et suiv. Et n° 561 et suiv. — Suppl. p. 142 et 161.

Marin, *op. cit.*, p. 189 à 212 et suppl. p. 21.

(2) Req. 31 Mai 1929. D. H. 1929, 329. — G. P. 1929, 2, 153.
Paris 17 Juil. 1931, G. P. 1931, 2, 815.
Trib. civ. Laval 2 Décembre 1931, G. P. 1932, 1, 425 (sous-note).
Voir cependant Paris 25 Mars 1929, D. H. 1929, 355.

sera substitué et dont il sera responsable, exercer dans les locaux repris un commerce ou une industrie similaire sous peine de dommages-intérêts.

« Cette action se cumulera s'il y a lieu avec celle de l'art. 4 » [1].

Ce texte semble plus sévère, au moins en la forme, que l'art. 8 de la loi du 30 Juin 1926. Toutefois, consacrant les solutions doctrinales ou jurisprudentielles, il réserve le cas de cession du fonds de commerce au propriétaire (Voir supra n° 74).

C) CUMUL OU NON-CUMUL DE L'INDEMNITE DE PLUS-VALUE ET DE L'INDEMNITE D'ENRICHISSEMENT

23. Le propriétaire effectuant la reprise en vue d'une destination commerciale et ne devant pas l'indemnité d'éviction peut être assujetti à la fois au paiement des deux indemnités de plus-value et d'enrichissement : en effet, celles-ci n'ont plus le même objet :

L'indemnité de plus-value, nous le savons, peut être due par le bailleur au cas où il tire profit des aménagements réalisés dans l'immeuble; quant à l'indemnité d'enrichissement, elle dépend de l'accroissement de clientèle due au locataire sortant.

Ces deux indemnités peuvent donc être dues l'une et l'autre lorsque les conditions relatives à l'existence de chacune d'elles se trouvent remplies [2].

---

(1) Ch. des Dép. 2me séance du 8 Fév. 1932, J. O. du 9 Fév. 1932. Déb. Parl. 498, 2me col. à 499, 1re col.
Sénat. Séance du 21 Juin 1932, J. O. du 22 Juin 1932. Déb. Parl. 922, 1re col.

(2) Voir Robert MARTIN et René MAUS. *Op. cit.*, nos 578 et 579.

§ II

Bénéficiaires de ces dispositions

A) PERSONNES MORALES

Les personnes morales et notamment les sociétés peuvent bénéficier de l'article 5.

24. Lorsque le commerçant propriétaire est non pas une personne physique mais une personne morale, notamment une société commerciale, il peut également bénéficier des dispositions que nous venons d'étudier. Cette solution ne semble faire aucun doute aujourd'hui, bien que certaines opinions émises lors des travaux parlementaires [1] et même le texte de l'article 5 aient fourni des arguments en faveur d'une solution négative.

Les droits attachés à la qualité de propriétaire sont, en effet, les mêmes, que ce propriétaire soit une personne physique ou une personne morale, et, le législateur n'ayant fait aucune distinction, il n'y a pas lieu de refuser l'exercice du droit de reprise aux personnes morales; le texte, pour les éliminer, eut dû en faire mention.

La doctrine et la jurisprudence se sont fixées rapidement en ce sens [2].

---

(1) Voir commentaire de M. Trasbot. D. P. 1926, 4, 275 1re col.

(2) Martin et Maus, *Op. cit.*, n° 250 et suivants.
Marin, *Op.* cit., p. 32 et supplément, p. 6.
Trib. civ. de la Somme, Sect. d'Abbeville, 23 Mars 1927, D. H. 1927, 316. S. 1927, 2, 77.
En appel, Amiens, 18 Juil. 1928. S. 1929, 2, 134.
Req. 11 Déc. 1928, D. H. 1929, 36. S. 1929, 1, 106.
Paris 17 Déc. 1928. S. 1929, 2, 94.
Req. 25 Déc. 1928. S. 1929, 1, 121.
Douai 18 Fév. 1931. S. 1931, 1, 163. G. P. 1931, 1, 637.
Req. 16 Juin 1931, D. H. 1931, 393. S. 1931, 1, 288.
Req. 20 Oc. 1931. S. 1931, 1, 371, G. P. 1931, 2, 822.
La jurisprudence a précisé, avec raison, que l'occupation personnelle des locaux par une société ne peut s'entendre que d'une

Un arrêt de la Cour d'Appel d'Angers [1] envisage explicitement le problème de la façon suivante :

« Sur le premier point; le paragraphe 1er de la loi « du 30 Juin 1926 s'applique-t-il aux Sociétés propriétaires d'immeubles comme il s'applique aux particuliers propriétaires? Attendu que si l'on s'en rapporte au texte même de la loi, il apparaît bien que « le législateur n'a fait aucune distinction entre les « uns et les autres; que ce qui corrobore cette appréciatin, ce sont les paroles mêmes du rapporteur au « Sénat, répondant à une question du sénateur René « Besnard qui lui demandait précisément si le paragraphe 1er de l'article 5 s'appliquait également aux « sociétés; attendu que la réponse du rapporteur a été « nette et précise : « Nous ne connaissons pas deux « propriétés, il n'y en a qu'une et tous ceux qui en « sont investis, s'ils ont la capacité juridique de posséder, doivent jouir de tous les avantages juridiques « de ce droit; dans ces conditions, nous ne faisons « aucune distinction, et notre texte qui est général

---

occupation en vue d'une affectation commerciale ; il ne peut être question de reprise par une société commerciale en vue d'habitation bourgeoise. Voir notamment, Req. 11 Déc. 1928, Douai 18 Fév. 1931 et Req. 20 Octobre 1931, décisions citées ci-dessus.

Observons que l'exercice du droit de reprise sans indemnité d'éviction appartient, d'une façon très générale, à toute personne morale, même si le but poursuivi n'est pas une utilisation commerciale ; une société de bienfaisance par exemple, peut effectuer la reprise sans indemnité, pourvu qu'elle agisse conformément à son objet et à ses statuts.

Trib. civ. de la Seine 20 Avril 1929, G. P. 1929, 2, 288 ; — 30 Janvier 1930, D. H. 1930, 238.

Paris. — 1er Février 1932, G. P. 1932, 1, 738 (sous note : A). Toutefois, il a été jugé qu'une société civile, association non commerçante, ne peut pas invoquer le bénéfice de la loi du 30 Juin 1926.

Paris. — 22 Avril 1932, G. P. 1932, 2, 223.

(1) Angers 31 Janvier 1928, S. 1929, 1, 106, sous Req. 11 Décembre 1928.

« s'applique aussi bien aux sociétés qu'aux indivi-
« dus », attendu il est vrai que le Haut Commissaire
« à l'habitation s'est élevé contre cette manière de
« voir et a essayé de faire spécifier que l'article 5 ne
« visait pas les sociétés, mais que ses efforts ont été
« vains; que le texte a été voté tel que la commission
« l'avait préparé, c'est-à-dire dans sa généralité et
« avec le sens que lui donnait le rapporteur. »

De nombreuses décisions portent de même que, comme tout propriétaire, les personnes morales et notamment les sociétés commerciales peuvent invoquer l'article 5 et effectuer la reprise de l'immeuble sans devoir en principe l'indemnité d'éviction. Le point est aujourd'hui hors de discussion.

Projet de Réforme de la Loi du 30 Juin 1926

25. Un amendement discuté et voté à la Chambre des Députés le 8 Février 1932 porte que le droit de reprise ne pourra être exercé par une société civile ou commerciale; le Sénat, dans sa séance du 21 Juin 1932, a adopté le texte suivant : « le droit de reprise ne pourra être exercé par une société civile ou commerciale que pour les locaux d'un immeuble où est établi le siège social ou pour ceux de l'immuble où elle entend transférer son siège social [1]. » Bien qu'il n'y ait pas accord entre les deux assemblées législatives, le texte nouveau apporte des modifications aux règles

(1) Ch. des Dép. 1re séance du 8 Février 1932, J. O. du 9 Fév. 1932 ; Déb. parl. p. 476, 3me colonne à p. 477, 3me colone ; Sénat, séance du 21 Juin 1932, J. O. du 22 Juin 1932. Déb. parl., p. 920, 2me colonne.

aujourd'hui en vigueur; le droit de reprise des sociétés commerciales propriétaires de leurs immeubles y est limité (Voir le texte actuel, supra n° 74).

B) CAS PARTICULIERS

Divers cas particuliers peuvent se présenter qui modifient la situation du propriétaire.

a) Le commerçant est propriétaire de l'immeuble et du fonds de commerce

26. Le commerçant, s'il est propriétaire, non seulement de l'immeuble, mais aussi du fonds de commerce qui y est exploité, et que le bail consenti au locataire porte en même temps sur les deux, ne doit pas, aux termes de l'article 6 de la loi, l'indemnité d'éviction ni l'indemnité d'enrichissement, le locataire peut avoir droit seulement, s'il le demande, à une indemnité de plus-value dans la mesure déterminée par l'article 7 de la loi, c'est-à-dire dans les limites où le propriétaire profite des aménagements effectués par lui [1].

Le texte de la proposition de loi en discussion, bien que différant des termes de 1926, ne semble pas devoir

---

(1) Robert Martin et René Maus, *Op. cit.* n° 204 et suiv. et n° 491.
Marin, *Op. cit.*, p. 40 et suiv. et suppléments p. 7.
Commentaire de M. André Trasbot, D. P. 1926, 4, 277.
Rouen 28 Novembre 1928. D. H. 1929, 91.
Req. 7 Juillet 1930. S. 1931, 1, 13.
Paris 1er Décem. 1930, G. P. 1931, 1, 300.
Rennes 9 Décembre 1930. Recueil Rennes 1931, 79.
Req. 22 Juillet 1931, D. H. 1931, 507. S. 1932, 1, 48.

être une source d'aggravation de la situation du propriétaire [1].

b) Le commerçant propriétaire destine son immeuble a des travaux d'utilité publique

27. Des hypothèses peuvent se présenter dans lesquelles le propriétaire effectue la reprise de son immeuble avec le but de l'utiliser à des travaux d'utilité publique; il ne devra alors jamais l'indemnité d'éviction aux termes de l'article 18 de la loi. La Cour de Cassation a fait prévaloir une interprétation large de ce texte; toute collectivité, aussi bien de droit privé que de droit public, alors même qu'aucune déclaration d'utilité publique n'est intervenue, peut profiter de ce texte si le refus de renouvellement qu'elle oppose au locataire est motivé par la destination de l'immeuble repris à des travaux d'utilité publique [2]. Le Tribunal civil qui connaît seul des contestations soulevées par la loi du 30 Juin 1926 est compétent pour rechercher si les travaux invoqués pour refuser le renouvellement sont ou non d'utilité publique [3].

---

(1) Ch. des Dép. 2me séance du 8 Février 1932, J. O. du 9 Fév. 1932. Déb. Parl. p. 498, 1re à 3me colonne.
Sénat, Séance du 21 Juin 1932, J. O. du 22 Juin 1932. Déb. parl., p. 922.

(2) Martin et Maus, *Op. cit.*, n° 288 et suivants.
Marin, *Op. cit.*, p. 113 et supplément p. 15.
Req. 8 Juillet 1930, D. H. 1930, 443 ; S. 1931, 1, 12.
Trib. Bordeau, 2 Décembre 1931, G. P. 1932, 1, 566.
Voir aussi Riom 21 Mars 1928, S. 1928, 2, 77.
Req. 28 Mai 1930, D. H. 1930, 361. S. 1932, 1, 9.
Civ. 17 Décembre 1930, D. H. 1931, 49.
Req. 19 Janvier 1931, D. H. 1931, 99. — S. 1931, 1, 95.
Civ. 16 Novembre 1931, D. H. 1932, 4.

(3) Req. 10 et 22 Février 1932, D. H. 1932, 188. G. P. 1932, 1, 781.

La proposition de loi en suspens contient modification à l'art. 18 de la loi du 30 Juin 1926 [1] (Voir le texte actuel supra n° 74).

c) Le commerçant propriétaire est un étranger

28. Depuis la loi du 22 Avril 1927 [2], modifiant l'article 19 de la loi du 30 Juin 1926, la situation du bailleur étranger est plus défavorable que celle du propriétaire français. Il a, sans aucun doute, le droit de refuser le renouvellement demandé, mais il devra toujours payer l'indemnité d'éviction, même dans le cas où il entend reprendre l'immeuble pour l'occuper personnellement et sans fraude.

Cette solution ne doit pas étonner : il existe, en effet, une tendance certaine, au nom de la sécurité nationale, à restreindre l'acquisition par des étrangers des droits immobiliers en France [3] par conséquent, les limitations au droit dont est titulaire un propriétaire immobilier étranger semblent normales.

Il peut toutefois y avoir exception en raison de circonstances particulières personnelles à l'étranger : s'il a combattu dans les armées françaises; de même, s'il existe dans le pays du bailleur étranger, une législation assurant des avantages analogues aux sujets français.

---

(1) Sénat, Séance du 21 Juin 1932, J. O. du 22 Juin 1932 ; Déb. parl., p. 925, 3me colonne.

(2) Cette loi n'a aucun caractère rétroactif. Voir notamment : Req. 18 Mars 1931, G. P. 1931, 1, 778 ; Civ. 23 Mars 1932, G. P. 1932, 2, 92.

(3) Rapport de M. Levy Ullmann. « *Accession des étrangers à la propriété immobilière en France* ». Bulletin de la Société d'études législatives, année 1924, p. 396 et suiv. Discussion : année 1925, p. 34, 51 et 74.

En dehors de ces situations particulières, le bailleur devra toujours l'indemnité d'éviction. Le locataire aura la charge d'établir la nationalité étrangère de son bailleur, et ce sera ensuite à celui-ci de prouver qu'une des catégories d'exceptions prévues au texte lui permet de bénéficier de la loi [1],

La proposition de loi actuellement en suspens ne contient aucun texte concernant la situation des étrangers (Voir ce texte supra n° 74).

Nationalité des Sociétés

29. Les propriétaires peuvent être des Sociétés commerciales, et alors se pose le problème de leur nationalité. En jurisprudence on décidait à l'origine que les Sociétés dont le siège social est situé en France ont la nationalité française et par conséquent jouissent du droit de reprise. Mais une orientation nouvelle s'est dessinée : on a voulu tenir compte de la direction et du contrôle de la Société; la Cour de Rennes parle du siège social « réel », et s'il s'agit d'une société sous un contrôle étranger, le siège social en France n'est qu'apparent et fictif. Cette tendance s'est accentuée depuis un arrêt de la Chambre des Requêtes du 12 Mai 1931; désormais, la nationalité française, au sens de

(1) Robert Martin et René Maus, *Op. cit.*, n° 268 et suppl., p. 75 à 78.
Marin, *Op. cit.*, p. 30 et suppl., p. 5.
Thèse de M. André Magnan, Lyon 1930 : « *Les bénéficiaires des lois sur la propriété commerciale* ». P. 159 et suiv.
Thèse de Mme H. Judenstein-Lebonheur. Paris 1931 : « *La législation française des loyers et les étrangers* ». P. 41 et suiv.
Etudes de Jurisprudence de M. Louis Ropers : « *Du juste motif de refus de renouvellement et du droit de reprise dans les baux commerciaux* », Revue trimestrielle 1932, p. 23.

l'article 19 nouveau de la loi du 30 Juin 1926, est refusée à une Société dont le centre d'exploitation est hors de France, bien que le siège social soit en France. Les Tribunaux peuvent souverainement décider, par exemple, qu'une Société n'a pas son centre principal d'exploitation en France si elle comprend des capitaux en majeure partie de provenance étrangère ou si elle est dirigée par des personnes de nationalité étrangère. Du siège social de la société on distingue donc maintenant le centre principal d'exploitation, distinction riche en conséquences notamment pour les sociétés usant du système des filiales [1].

d) L'Immeuble du commerçant propriétaire est occupé par un locataire étranger

30. Le propriétaire désirant reprendre son immeuble loué à son locataire étranger peut lui refuser le renouvellement du bail sans lui devoir en principe l'indemnité d'éviction, à moins que ce locataire ne puisse profiter de la réciprocité législative ou invoquer une des circonstances exceptionnelles désignées par l'article 19 de la loi du 30 Juin 1926; les conditions prévues limi-

---

(1) Req. 24 Décembre 1928. S. 1929, 1, 121. Note de M. Niboyet.
Rennes 16 Juin 1930. D. P. 1931, 2, 9, Note de M. Paul Chauveau.
Req. 17 Juil. 1930, D. P. 1930, 1, 163. Note de M. Camerlynck.
Req. 12 Mai 1931, D. H. 1931, 329 ; G. P. 1931, 2, 216 ; S. 1932, 1, 57. Rapport de M. le Conseiller Bricout, et note de M. Niboyet.
Paris 4 Mars 1932, G. P. 1932, 2, 224 (sous note).
M. Rousseau critique cette jurisprudence dans une note au S. 1926, 2, 75 sous Montpellier 3 Mai 1926.
Voir aussi : Thèse de M. Morel-Fatio. Paris 1931 : « *La nationalité des sociétés (Etude de droit comparé)* ».

tativement par ce texte ont, du reste, un caractère strictement personnel [1].

En effet, d'après la jurisprudence, les termes de l'article 19 de la loi du 30 Juin 1926, modifiée par l'article 11 de la loi du 22 Avril 1927, expriment la volonté du législateur de créer, au profit des Français seuls, un nouveau droit civil dont les étrangers ne puissent bénéficier que sous la condition de l'existence dans leur pays d'un droit analogue au profit des Français (article 11 du Code civil).

En conséquence, sont exclus du bénéfice de la loi du 30 Juin 1926 les locataires étrangers invoquant les traités ou conventions diplomatiques conclus entre leur pays et la France ainsi que la clause de la nation la plus favorisée, malgré l'opinion contraire du Ministre des Affaires Etrangères portée par voie de circulaire à la connaissance des Procureurs Généraux et Premiers Présidents [2].

---

(1) Trib. civ. du Rhône 14 Déc. 1927, D. H. 1928, 175.
Trib. Civ. de la Seine, 21 Novembre 1931, G. P. 1932, 1, 395.

(2) Robert MARTIN et René MAUS, *Op. cit.* n° 268 et suppl. p. 75 à 78.
MARIN, *Op. cit.*, p. 30 et suppl., p. 5.
Paris 2 Juillet 1928, D. P. 1928, 2, 129, note de M. A. TRASBOT. S. 1929, 2, 123.
Et sur pourvoi après délibération en la Chambre du Conseil : Civ. 30, Juin 1932, D. H. 1932, 426.
Rennes, 16 Juin 1930, D. P. 1931, 2, 9, note de M. P. CHAUVEAU.
Req. 28 Janv. 1930, S. 1930, 1, 139.
Ch. civ. après délibération en la Chambre du Conseil, et sur conclusions conforme de M. le Procureur Général Paul MATTER, 22 Décem. 1931, D. H. 1932, 17 ; G. P. 1932, 1, 205, avec conclusions de M. le Procureur Général Paul MATTER.
Req. 8 Février 1932, D. H. 1932, 146.
Civ. 24 Février 1932, G. P. 1932, 1, 916.
Voir toutefois : Trib. Civ. d'Angers 21 Déc. 1931, G. P. 1932, 1, 381, NIBOYET « *La législation des loyers, le Droit*

Signalons à ce sujet les trois plus récents arrêts de la Cour de Cassation refusant le renouvellement aux étrangers dont les pays ne possèdent pas une législation équivalente à la loi du 30 Juin 1926 donnant une réciprocité effective,

du 22 Décembre 1931 relatif à un sujet Espagnol établi en Algérie [1],

du 8 Février 1932 relatif à un sujet Belge [2],

du 24 Février 1932 relatif à un sujet Espagnol [3].

Le problème de la nationalité des Sociétés est susceptible de se poser également ici; nous avons indiqué précédemment sa solution.

---

constitutionnel et le droit international ». Rev. de Droit international privé, année 1929, p. 592.

Voir aussi : Thèse de M. André MAGNAN, Lyon 1930 : « *Les bénéficiaires des lois sur la propriété commerciale* », particuli(rement p. 70 à 158. — Thèse de Mme H. JUDENSTEIN-LE BONHEUR, Paris 1931 : « *La législation française des loyers et les étrangers* ». Particulièrement p. 36 et 131.

On pourra, à titre de comparaison, voir la note de M. Eug. AUDINET sous Commission supérieure de Cassation 21 Nov. 1929. S. 1930, 2, 161 : « *L'application aux étrangers des lois du 1er Avril 1926 et du 29 Juin 1929 sur les loyers* ».

(1) C. C. 22 Déc. 1931. Dalloz 7e et 8e cahiers 1932, p. 131, et note de M. Trasbot qui après avoir constaté les divergences passées, conclut qu'il n'y a pas eu de contradiction de raisonnement.

(2) C. C. 8 Février 1932, D. H. 1932, 146.

(3) C. C. du Février 1932. Sirey 7e cahier 1932, p. 249 et sous cet arrêt la note de M. Henri Mazeaud : « Jusqu'ici, dit M. Mazeaud, aucun pays sauf peut-être l'Angleterre, n'a encore adopté de règles analogues à celles de notre loi sur la propriété commerciale. »

e) L'Immeuble du commerçant propriétaire est occupé par un sous-locataire

31. La loi de 1926 ne porte aucune disposition relative à la situation du propriétaire lorsqu'un sous-locataire a la jouissance de l'immeuble qu'il désire reprendre. En jurisprudence [1] si on admet que la sous-location a eu lieu avec l'agrément du propriétaire et lui est opposable, le bénéfice de la loi sur la propriété commerciale peut lui être réclamé directement; mais, si l'étude des conditions de fait dans lesquelles la sous-location a été consentie montre qu'il n'en a pas eu connaissance, le propriétaire peut en effectuer librement la reprise. Le sous-locataire pourrait seulement être admis à revendiquer les avantages de la loi du 30 Juin 1926 vis-à-vis de son propre bailleur [2]. Quant à celui-ci,

---

(1) Req. 28 Mai 1930, D. P. 1930, 1, 116, Rapport de M. le Conseiller Bricout. S. 1932, 1, 9. Note de M. Paul Esmein.
Civ. 30 Nov. 1931, D. H. 1932, 33. S. 1932, 1, 51.
Civ. 8 Fév. 1932, D. H. 1932, 204 ; S. 1932, 1,166 ; G. P. 1932, 1, 727.
Robert Martin et René Maus, *Op. cit.*, n° 263 et suppl., p. 58 à 75.
Marin, *Op. cit.*, p. 51 et suppl., p. 8.
Article de M. Paul Esmein, Lois Nouvelles, Année 1927, p. 10 à 19. « *La propriété commerciale et la sous-location* ».
Thèse de M. André Magnan, Lyon 1930. « *Les Bénéficiaires des Lois sur la Propriété commerciale* ». Notamment p. 21 à 69.
Thèse de M. Vidal-Naquet, Aix-Marseille 1931. « *Les Sous-locataires et la propriété commerciale* ». Chronique de M. J. Colin de Verdières : « *Les droits des sous-locataires au renouvellement des baux à loyer d'immeubles ou de locaux à usage commercial ou industriel* ». D. 1929. Chronique p. 33.
On pourra, à titre de comparaison voir également : Chronique de M. J. Colin de Verdières, « *Les Sous-locations consenties par les locataires bénéficiant des prorogations des lois du 1er Avril 1926 et 29 Juin 1929* ». Dalloz 1931. Chronique, p. 13.

(2) Civ. 10 Juin 1929, D. H. 1929, 377. S. 1929, 1, 366.
Req. 14 Mars 1932, G. P. 1932, 2, 82.
Trib. Civ. de la Seine, 3 Mai 1932, G. P. 1932, 2, 309.

puisqu'il n'exploite pas lui-même le fonds de commerce, il n'a aucun droit personnel au renouvellement du bail et il ne peut obliger le propriétaire au paiement de l'indemnité [1].

La Chambre des Députés et le Sénat ont admis le texte suivant en addition à la loi de 1926 [2].

« Le sous-locataire est recevable à demander le « renouvellement de son bail au locataire principal, « dans la mesure des droits que celui-ci tient lui-« même du propriétaire. Cette demande devra être « débattue en présence du locataire principal et du « propriétaire ».

« A l'expiration du bail principal, le propriétaire « n'est tenu au renouvellement que s'il a directement « ou indirectement autorisé ou agréé la sous-loca-« tion. »

Ce texte est la consécration législative de la jurisprudence indiquée. Une légère divergence subsiste toutefois entre les deux Assemblées, puisque le Sénat a ajouté au texte précité, le membre de phrase suivant : « Et si matériellement ou dans la commune intention « des parties les lieux faisant l'objet du bail principal « ne forment pas un tout indivisible » (Voir le texte actuel supra n° 74).

---

(1) Paris 2 Mai 1931, D. H. 1931, 354.
Req. 17 Nov. 1931, S. 1932, 1, 31.

(2) Chamb. des Députés. Séance du 9 Février 1932. J. O. du 10 Fév. 1932 ; Déb. Parl., p. 517 et 518.
Sénat. Séance du 21 Juin 1932. J. O. du 22 Juin 1932 ; Déb. Parl., p. 927 (2me colonne).

SECTION II

ETABLISSEMENT ABUSIF DU COMMERÇANT PROPRIETAIRE DANS SON IMMEUBLE

32. L'exercice normal du droit de propriété permet à son titulaire non établi commerçant antérieurement de reprendre un immeuble sans devoir l'indemnité d'éviction. Mais le législateur a craint que le bailleur abuse du droit de non renouvellement et il a permis au locataire évincé de prouver que, sous le voile d'une reprise normale, il y a, en réalité, fraude du propriétaire. Celui-ci sera alors assujetti au paiement de l'indemnité d'éviction; mais il ne pourra être tenu aux indemnités fondées sur l'idée d'enrichissement sans cause.

L'article 5 § 4 dispose, en effet :

« Au cas où il viendrait à être établi à la charge du « propriétaire qu'il n'a exercé la reprise du local que « dans le but de faire fraude au droit du locataire, « notamment par des opérations de location et de « revente, que ces opérations aient un caractère civil « ou commercial, le locataire aura droit à l'indemnité « d'éviction. »

PARAGRAPHE 1. — *Des cas de reprise frauduleuse.*

PARAGRAPHE 2. — *Des conséquences de la reprise frauduleuse.*

PARAGRAPHE 1er

Des cas de reprise frauduleuse

SENS DU MOT « FRAUDE »

33. Quel sens donner au mot « fraude » employé au texte? A la Chambre des Députés, le Président de la Commission répondit ainsi : « Il s'agit de toutes les manœuvres qui seraient imaginées par le propriétaire pour ne pas payer l'indemnité au locataire qui y aurait droit, ou pour lui refuser le renouvellement du droit au bail » [1].

Tel est bien, en fait, le sens très large donné à la notion de fraude; on s'accorde à dire que si le texte est muet et ne donne aucune précision, envisageant seulement le cas qui semble devoir se présenter le plus fréquemment, il n'est nullement limitatif. Il y aura fraude chaque fois que le bailleur invoque comme but de la reprise l'utilisation commerciale, alors qu'en réalité, il y a là seulement un prétexte allégué dans l'espoir de ne pas payer l'indemnité.

APPLICATION DE LA NOTION DE FRAUDE

34. Dans le cadre du problème que nous étudions, les possibilités de fraude semblent bien réduites; par hypothèse, le but de la reprise est sincère; le propriétaire destine l'immeuble dont il refuse le renouvellement de bail à une utilisation commerciale, person-

(1) Déb. Parl. Ch. des Dép. Séance du 21 Avril 1926, p. 1891 ; Commentaires de M. André TRASBOT, D. P. 1926, 4, 276, 3me col.

nelle et effective. L'alinéa 4 de l'article 5 ne semble pas devoir recevoir application. Cependant la jurisprudence est favorable à l'application de la notion de fraude en ce sens qu'elle lui reconnaît le rôle d'une exception de portée très générale, pouvant être invoquée par les plaideurs en toutes circonstances, et les locataires congédiés ont tenté de faire résoudre à leur profit diverses situations en invoquant la fraude de leur propriétaire.

La règle de la reprise sans indemnité d'éviction suppose, en effet, que l'immeuble soit effectivement repris par le bailleur dans un certain délai après le départ du locataire congédié; et exige aussi que l'occupation commerciale des lieux ainsi réalisée subsiste pendant un certain temps. Deux problèmes intéressants en découlent; nous les examinerons successivement.

A) Délai dans lequel le propriétaire doit occuper effectivement l'immeuble.

B) Durée d'occupation commerciale de l'immeuble repris.

35. Remarquons au préalable que c'est au locataire évincé qu'il appartient d'offrir d'établir et de prouver que la reprise est faite en fraude de ses droits; le législateur n'a pas créé en sa faveur de présomption le dispensant du fardeau de la preuve, et les tribunaux ne se reconnaissent pas le droit d'user de l'alinéa 4 contre le propriétaire, si le locataire offrant de faire tomber la présomption de reprise légitime n'en a pas pris l'initiative [1]. Cette preuve, déjà lourde en elle-même, est encore rendue plus difficile par suite de la tendance, très heureuse, de la jurisprudnce à exiger.

(1) Paris, 2 Mars 1931, G. P. 1931, 1, 819.

du locataire un ensemble déterminant de faits précis. L'alinéa 4 de l'article 5 ne peut donc constituer en définitive un obstacle considérable à la reprise sans indemnité, de son immeuble par le propriétaire.

Notons aussi que la proposition de loi actuellement en suspens contient un texte identique à celui du 30 Juin 1926 [1]. (Voir ce texte supra n° 74).

A) Délai dans lequel le propriétaire doit occuper effectivement l'immeuble

Absence de délai légal

36. Le but de toute reprise est l'occupation effective de l'immeuble par le bailleur. Relativement aux locaux affectés à l'habitation, la législation sur les loyers impose aux propriétaires d'occuper l'immeuble dans un délai de trois mois (article 7 de la loi du 1er Avril 1926, modifié par la loi du 21 Juillet 1927). A l'inverse, la loi du 30 Juin 1926 ne mentionne aucun délai à ce propos. Son silence doit être interprété comme donnant aux juges le soin de statuer en équité, c'est-à-dire d'examiner, suivant les circonstances particulières à chaque cause, s'il y a lieu ou non à application de la notion fraude.

La non-occupation des lieux n'est pas, en elle-même et nécessairement, une preuve de l'intention frauduleuse du propriétaire; celui-ci peut se défendre utilement en établissant que, s'il n'a pas effectué la

(1) Ch. des Dép., Séance du 6 Février 1932, J. O. du 7 Fév. 1932, Déb. Parl., p. 456, 3me colonne.
Sénat. Séance du 21 Juin 1932, J. O. du 22 Juin 1932. Déb. Parl., p. 920.

reprise, la raison en est une circonstance qu'il n'avait pu prévoir lors du refus du renouvellement [1].

Fixation d'un délai d'occupation par le Juge

37. En l'absence d'un texte impartissant un délai au propriétaire, les tribunaux peuvent-ils lui imposer d'occuper les locaux avant une date déterminée? Cette question, bien que commune à toutes les reprises, se posera en pratique plus fréquemment à l'occasion des reprises en vue d'une utilisation commerciale; elle mérite d'être étudiée ici.

Les quelques décisions qui s'y rapportent semblent avoir jugé avant tout en équité; la plupart ne se sont pas reconnu le droit « d'ajouter à l'intention du législateur et au texte » [2].

Cependant un de ces tribunaux, trouvant un peu suspectes les allégations d'un propriétaire, s'est reconnu, à l'inverse, le droit de lui fixer un délai pour commencer des travaux (reprise pour reconstruction). « Dans le silence de la loi, il est nécessaire au cas où, « comme dans l'espèce, le dommage est certain, d'im- « partir, pour que le jeu de l'indemnité éventuelle soit « possible, un délai à la mise en œuvre de la démoli- « tiun et de la reconstruction. La fixation d'un délai « de ce genre est nécessaire en raison de l'abus du « droit qui résulterait en un cas analogue de l'abs- « tention du juge sur ce point » [3].

---

(1) Trib. Civ. de la Seine, 21 Nov. 1931, G. P. 1932, 1, 389.
Paris, 22 Fév. 1932, G. P. 1932, 1, 736.
Trib. Civ. d'Orthez, 8 Avril 1932, G. P. 1932, 2, 267 (sous note B).

(2) Trib. Civ. de la Seine, 8 Janvier 1929, G. P. 1929, 1, 248.
Angers, 20 Février 1930, D. H. 1930, 200 ; S. 1930, 2, 94.

(3) Trib. Civ. de la Seine, 15 Avril 1929, G. T., 11 Avril 1930.

Il n'est pas exact de dire qu'il soit nécessaire de déterminer un délai, qu'il s'agisse de la mise en œuvre de la démolition ou de la reprise effective de l'immeuble « pour que le jeu de l'indemnité éventuelle soit possible ». Lors du congédiement du locataire, il est seulement nécessaire de fixer le taux de l'indemnité qui serait due si la reprise devait être faite aux dépens du locataire, car c'est seulement à cette époque qu'il peut être déterminé exactement. Quant au point de savoir si l'indemnité sera due, il ne sera normalement tranché que dans l'avenir, en considération de circonstances ignorées lors du congédiement.

Il faut bien admettre, cette observation étant faite, que l'application de l'indemnité d'éviction serait facilitée, si, à l'expiration d'un délai imposé au propriétaire pour occuper effectivement l'immeuble, l'indemnité éventuelle devenait définitive sans qu'il soit besoin de revenir devant le juge. Il était tentant de soutenir que les tribunaux ont la faculté de déterminer un délai dans lequel le bailleur doit mettre à exécution la reprise. Examinant cet aspect de la question générale des pouvoirs du juge, on inclinait à croire que le Tribunal peut gérer ainsi, par des mesures préventives, les intérêts qui lui sont soumis. Certes, disait-on, le texte de la loi ne fait pas allusion à une telle possibilité, mais il faut y voir l'ignorance de la situation, plutôt qu'une intention réfléchie voulant l'exclure; l'esprit de la loi ne s'oppose nullement à une telle interprétation du silence du législateur. En outre, remarquait-on, cette interprétation, dont le grand avantage pratique est la simplification, ne lèse nullement le bailleur puisqu'il peut établir que la non-occupation est le fait de circonstances auxquelles il est complètement étranger. Du reste, il n'y a là qu'une

faculté pour le juge, et celui-ci aboutira à cette solution seulement si les circonstances déjà connues de la cause lui permettent de douter de la loyauté de la reprise.

Nous croyons au contraire que, même si le juge possède un rôle préventif, celui-ci est limité dans son application par un cadre légal qu'il ne doit pas briser. On ne peut, sous peine de dépasser le texte de la loi, et probablement les intentions du législateur, permettre au juge de dire au propriétaire : « Si dans un délai de..... vous n'avez pas commencé à occuper l'immeuble dont vous refusez le renouvellement de bail, vous devrez une indemnité d'éviction de..... sauf possibilité pour vous d'établir des faits susceptible de justifier votre non reprise. » Ce serait aboutir à un renversement de preuve en faveur du locataire. Tenter de soutenir une telle interprétation des textes à la barre d'un tribunal serait bien hasardeux, et il faut se rallier aux décisions qui ne se reconnaissant pas le droit d'ajouter au texte et en font une stricte application.

Observons enfin que le texte modificatif projeté ne contient aucune disposition relative à cette difficulté. Les considérations exposées conserveront donc leur intérêt après la promulgation de la nouvelle loi, si dans l'avenir aucun changement n'est apporté. (Voir texte actuel supra n° 74).

B) Durée d'occupation commerciale de l'immeuble repris

Absence de délai légal

38. Le commerçant propriétaire d'un immeuble, après en avoir effectué la reprise, n'est pas tenu de

l'occuper pendant une durée déterminée. Le législateur s'est rendu compte, en effet, que les difficultés qui se présenteraient dans la vie des affaires ne devaient pas être réglées par avance dans un texte rigide, et il n'a pas édicté de durée minima d'occupation commerciale de l'immeuble repris. Il s'en est remis à la libre appréciation des tribunaux, seuls aptes à juger en équité si la reprise a été sincère; ceux-ci devront examiner si l'occupation commerciale de l'immeuble est normale, ou si sa courte durée a été motivée par un désir de fraude; et en conséquence ils appliqueront, ou non, l'indemnité d'éviction [1].

Le projet modificatif de la loi du 30 Juin 1926 comporte le texte suivant : « Dans tous les cas, l'occupa-« tion devra être rigoureusement effective, person-« nelle, et ne pourra être éludée sous aucune forme, « notamment sous forme de gérance; elle devra être « d'une durée de cinq ans au moins, sauf au cas d'im-« possibilité reconnue. » Ce texte émané de la Chambre des Députés avait paru sévère au Sénat, qui avait réduit le délai à trois ans. L'accord n'existait donc pas sur ce point entre les deux Assemblées [2].

La Chambre des Députés a rétabli 5 ans. (Voir son texte actuel supra n° 74).

---

(1) Trib. Civ. de Pontoise, 22 Avril 1931, G. P. 1931,2, 132. Ce jugement admet qu'une vente effectuée après une courte occupation de l'immeuble n'est pas frauduleuse si elle a été motivée par une raison de santé.

(2) Ch. des Dép. Séances du 8 Février 1932, J. O. du 9 Fév. 1932, Déb. Parl., p. 478 et suiv. et 498.
Sénat. Séance du 21 Juin 1922, J. O. du 22 Juin 1922 ; Déb. Parl., 920, 2me colonne.

§ 2

Des conséquences de la reprise frauduleuse

39. La reprise frauduleuse de l'immeuble par son propriétaire entraîne le paiement de l'indemnité d'éviction; mais les indemnités de plus-value et d'enrichissement ne sont alors jamais dues.

A. — Paiement de l'indemnité d'éviction.

B. — Exclusion des indemnités fondées sur l'idée d'enrichissement sans cause.

A) Paiement de l'indemnité d'éviction

40. Si les faits allégués par le locataire font apparaître dès son congédiement une fraude à ses droits, le propriétaire sera condamné à payer l'indemnité d'éviction [1]; et même le tribunal pourra admettre que

---

(1) *Montant de l'indemnité d'éviction.* — L'indemnité d'éviction doit être égale à tout le préjudice causé au locataire par le fait du congédiement, c'est-à-dire à tout ce dont il sera privé par suite du défaut de renouvellement.

La loi n'a pas fixé de base pour la détermination du taux de l'indemnité d'éviction ; elle a fait confiance au juge et lui a laissé entier pouvoir d'appréciation.

Martin et Maus, *Op. cit.*, n° 541 et suiv. et suppl., p. 158.

Marin, *Op. cit.*, p. 175 à 181 et suppl., p. 20.

De nombreuses difficultés peuvent résulter du fait du paiement de l'indemnité. Voir par exemple : Article de M. Marin. (Journal du Notariat), Année 1930, p. 33, « *L'indemnité d'éviction et la communauté conjugale.* »

Paris, 24 Nov. 1930, G. P. 1931, 1, 249.

Paris, 29 Janv. 1931, D. H. 1931, 138.

Rennes, 23 Fév. 1931, Rec. Rennes 1931, 274.

Req., 2 Décembre 1931, D. H. 1932, 20 ; G. P. 1932, 1, 220.

Req. 21 Décembre 1931, S. 1932, 1, 53. ; G. P. 1932, 1, 479.

Req. 2 Février 1932 et Req. 16 Fév. 1932, G. P. 1932, 1, 735.

Déb. Parl. — La Chambre des Députés dans sa séance du 6 Février 1932 (J. O. du 7 Fév. 1932, 452, 1re colonne) avait

l'on détermine éventuellement le montant de cette indemnité avant que le locataire quitte les lieux, s'il a des motifs sérieux de craindre que la fraude se réalise dans l'avenir [2].

---

complété l'article 4 par une longue énumération indiquant de quels éléments le juge pouvait tenir compte pour l'application de l'indemnité. Cette énumération, admise malgré un amendement de M. Cautru, n'a pas été adoptée, avec raison, par le Sénat dans sa séance du 21 Juin 1932. (J. O. du 22 Juin 1932, Déb. Parl., 920, 1re colonne).

Maintien dans les lieux. — Si le taux de l'indemnité reconnue fondée, a été fixé, le locataire peut se maintenir en possession jusqu'au paiement de l'indemnité. Le régime des lois transitoires actuellement en vigueur prévoit le maintien dans les lieux des locataires occupant de bonne foi qui ont droit en principe à l'indemnité d'éviction ; il suffit qu'ils ne soient pas dans la catégorie des locataires auxquels la loi refuse expressément l'indemnité, (locataires étrangers ne pouvant bénéficier de la propriété commerciale, par exemple).

Sous le seul régime de la loi de 1926, on aurait pu aboutir à la même solution par application d'un principe de droit commun, l'exception *non adimpleti contractus*. Paris, 8 Janvier 1927, D. H. 1927, 72.

A. Martin et R. Maus, *Op. cit.*, n° 591 et suivants.

Complément à la loi de 1926. — La loi du 30 Juin 1926 ne prévoyait nullement le maintien dans les lieux. La proposition de loi actuellement en discussion, dans l'article 22, y apporte un complément en disposant que le locataire ne se trouvant pas dans l'un des cas formellement exclus par la loi du droit à l'indemnité prévue à l'art. 4 ne peut être obligé de quitter les lieux avant de l'avoir reçue, à moins que le propriétaire ne lui verse une indemnité provisionnelle à fixer par le juge conciliateur, Tel est dans son ensemble l'article 22 nouveau ; l'accord ne s'est pas encore fait entre la Chambre des Députés et le Sénat sur un texte qui semble devoir l'emporter définitivement. (Voir le texte actuel supra n° 74).

Ch. des Dép. Séance du 9 Fév. 1932, J. O. du 10 Fév. 1932 ; Débat. Parl. 518, 3me colonne.

Sénat. Séance du 21 Juin 1932, J. O. du 22 Juin 1932 ; Déb. Parl., 927, 3me colonne.

(2) *Indemnité éventuelle.* — Si un préjudice, au moins éventuel, apparaît pour le locataire à qui le renouvellement est refusé, il peut demander, à ses frais une expertise pour déterminer à titre provisoire, l'indemnité à laquelle il pourra prétendre au cas où

B) Exclusion des indemnités fondées sur l'idée d'enrichissement sans cause

41. a) *Indemnité de plus-value.* — Si l'indemnité d'éviction est due, le propriétaire ne peut être tenu au paiement de celle de plus-value. La quotité de l'indemnité d'éviction englobe, en effet, tout le préjudice causé au locataire par son congédiement, y compris son appauvrissement provenant du fait des aménagements. Doctrine et jurisprudence s'accordent à dire que le cumul des deux indemnités est par définition impossible, puisqu'elles ont le même objet et sont dues par la même personne [1].

---

il serait ultérieurement établi que le propriétaire n'a exercé son droit de reprise que pour faire fraude à ses droits.

Caen, 13 Juin 1927, D. H. 1927, 517.
Paris, 17 Déc. 1928, S. 1929, 2, 94.
Req. 24 Déc. 1928, S. 1929, 1, 121.
Paris 25 Mars 1929, D. H. 1929, 355.
Civ. 20 Mai 1930, D. H. 1930, 410 ; S. 1930, 1, 333.
Req. 22 Juil. 1930, G. P. 1930, 2, 412.

Maintien dans les lieux. — Le locataire prétendant à une simple indemnité éventuelle d'éviction peut-il rester dans l'immeuble ? S'il s'agit d'une créance éventuelle dont on n'a pas encore déterminé s'il y a lieu ou non à application, il est admis que la loi de 1926 n'a pas assorti cette créance éventuelle d'une sûreté particulière consistant dans un droit de rétention et le locataire pourra être expulsé immédiatement.

Civ. 1er Février 1928, S. 1928, 1, 129.
Voir la note de M. P. Esmien, D. H. 1928, 113.
Req. 3 Avril 1928, S. 1928, 1, 207.
Req. 1er Juil. 1929, S. 1929, 1, 344.
Civ. 2 Décem. 1931, S. 1932, 1, 46.
Req. 6 Janv. 1932, S. 1932, 1, 60.

Ces locataires ne peuvent non plus bénéficier des lois transtoires.

(1) Robert Martin et René Maus, *Op. cit.*, n° 576 et suiv.
Trib. Civ. de la Somme, Sect. d'Abbeville, 23 Mars 1927, D. H. 1927, 316 et S. 1927, 2, 77.
Et en appel, Amiens, 18 Juillet 1928, S. 1928, 2, 134
Trib. Civ. de Lyon, 2 Mai 1929, Moniteur judiciaire de Lyon, 30 Juillet 1929, D. H. 1930. Sommaire 13.

42. b) *Indemnité d'enrichissement.* — Le locataire congédié ne pourra pas, non plus, obtenir de son propriétaire en même temps que l'indemnité d'éviction celle d'enrichissement, le cumul des deux indemnités, dans l'hypothèse envisagée, est toujours impossible, car elles sont dues par la même personne, le propriétaire, et l'indemnité d'éviction comprend pour partie le contenu de l'autre indemnité. Son montant doit être égal, en effet, à la valeur pécuniaire de tout le préjudice occasionné au locataire par le refus de renouvellement y compris la perte de la clientèle; et c'est précisément la valeur de l'enrichissement procuré par la clientèle existante qui est aussi à la base de l'indemnité d'enrichissement. Le propriétaire ne peut donc être tenu au paiement de l'une et de l'autre indemnité [1].

---

(1) Il n'en serait pas de même si le nouvel occupant de l'immeuble était un locataire, les deux indemnités pouvant alors être réclamées à des personnes différentes. Le locataire congédié a alors intérêt à ce que les deux indemnités, bien qu'elles aient partiellement le même objet, lui soient dues l'une et l'autre ; ayant alors deux débiteurs, il aura plus de chances de toucher la valeur pécuniaire du préjudice qu'il a subi ; évidemment le locataire ne pourra réclamer au total plus que le montant de l'indemnité d'éviction, mais le fait de la répartition de sa créance sur la tête de deux débiteurs peut lui en faciliter le recouvrement.

Remarquons du reste que, même dans ce cas, il s'agit non pas du cumul, c'est-à-dire de l'addition de la valeur de ces deux indemnités, mais plus exactement d'une simple co-existence favorable au locataire évincé. Il y a seulement cumul des actions en indemnité. Tel est le sens de l'alinéa 2 de l'article 8 : « Cette action se cumulera s'il y a lieu, avec celle de l'article 4. »

Robert MARTIN et René MAUS, *Op. cit.*, n° 572 et suiv.

MARIN, *Op. cit.*, page 209.

CHAPITRE II

Etablissement par un propriétaire déjà Commerçant d'un Fonds de Commerce dans son Immeuble

43. La situation que nous venons d'examiner n'est pas la seule qui puisse se présenter. L'hypothèse est fréquente dans laquelle le propriétaire de l'immeuble est établi commerçant au moment où il refuse le renouvellement de bail. Celui-ci ne peut alors exercer la reprise de son immeuble dans des conditions identiques à celles applicables au cas où il n'exploite pas déjà un fonds de commerce. Une reprise effectuée dans de telles circonstances a semblé au législateur particulièrement dangereuse pour les locataires. Il est apparu que les possibilités de fraude devenaient plus fréquentes et que le simple jeu des règles édictées pour le cas où le propriétaire n'était pas antérieurement commerçant pouvait être insuffisant. Les rédacteurs de la loi on craint, en particulier, que les commerçants disposant de capitaux importants, notamment les sociétés, achètent des immeubles avec l'intenion d'étendre leur commerce et de se substituer ainsi aux locataires évincés, petits commerçants, sans devoir, aux termes de l'article 5 § 1er, l'indemnité d'éviction.

L'acquisition d'un immeuble par un commerçant en vue de l'exercice ultérieur du droit de reprise a semblé

constituer une situation de fait particulière, rendant le propriétaire suspect dans ses intentions et, en conséquence, édictant une mesure particulière de protection du locataire contre ce qu'il présume être une fraude caractérisée, le législateur oblige le propriétaire au paiement de l'indemnité.

L'article 5 § 2, porte :

« Toutefois, si le local ou l'immeuble a été acquis « par un commerçant ou un industriel déjà établi « en vue d'agrandir les locaux où il exerce son com- « merce ou de fonder une succursale, le locataire sor- « tant aura droit à l'indemnité prévue à l'article 4, « même en cas de reconstruction de l'immeuble. »

Et même, si l'achat a eu lieu moins de cinq ans avant l'expiration du bail ou la fin de sa prorogation, le locataire, pour obtenir son indemnité, n'a plus à prouver l'intention du propriétaire; l'article 5 § 3, l'en dispense en ces termes :

« L'acquisition visée au précédent alinéa sera même « présumée faite dans ce but, sauf preuve contraire, « si elle n'a pas date certaine avant les cinq ans qui « précèdent l'expiration du bail ou la fin de sa proro- « gation. »

Toutefois, cette présomption légale d'intention frauduleuse du propriétaire admet la preuve contraire; le bailleur est admis à établir qu'il a obéi à un motif légitime en effectuant la reprise.

44. Ces dispositions font figure d'exception dans l'ensemble de l'article 5, et la jurisprudence les interprète restrictivement. Mais dire que les alinéas 2 et 3 de l'article 5 ne sont pas applicables ne signifie pas que le commerçant puisse toujours effectuer la reprise,

sans devoir l'indemnité d'éviction; l'alinéa 4 est naturellement réservé, et possibilité demeure pour le locataire évincé d'établir la fraude de son propriétaire.

PLAN

45. Nous déterminons, dans une section première, les conditions nécessaires pour qu'il ait fraude caractérisée entraînant le paiement obligatoire de l'indemnité d'éviction, et nous en déduirons diverses conséquences pratiques.

Puis, dans une section seconde, nous verrons à qui incombe la charge de la preuve.

Section I. — Conditions d'existence de la fraude caractérisée.

Section II. — Charge de la preuve.

Section Première

CONDITIONS D'EXISTENCE DE LA FRAUDE CARACTERISEE

46. Pour que la fraude caractérisée visée par la loi existe, diverses conditions, toutes nécessaires, doivent être remplies. L'indemnité d'éviction sera alors due; mais les indemnités fondées sur l'idée d'enrichissement sans cause ne seront pas exigibles; nous savons, en effet, que dans le cas particulier qui fait l'objet de cette étude, le cumul de ces deux sortes d'indemnité est toujours impossible. Dire que l'indemnité d'éviction est due signifie donc que les indemnités de

plus-value et d'enrichissement ne peuvent être réclamées, et inversement.

Ce lien entre les diverses indemnités étant rappelé, examinons, en trois paragraphes, les conditions d'existence de la fraude caractérisée obligeant le propriétaire au paiement de l'indemnité d'éviction.

Paragraphe 1er. — Acquisition de l'immeuble.

Paragraphe 2. — Qualité de commerçant à la date d'acquisition de l'immeuble.

Paragraphe 3. — Agrandissement des locaux ou fondation d'une succursale.

§ 1er

Acquisition de l'immeuble

La Règle

47. Le propriétaire doit avoir « acquis » l'immeuble qu'il reprend. Ce mot doit être entendu ici dans un sens très général; le texte vise toutes les acquisitions, tant à titre gratuit qu'à titre onéreux.

Seule la dévolution successorale a été exclue; le propriétaire ayant reçu l'immeuble par succession ne peut être tenu au paiement de l'indemnité d'éviction; on ne peut, en effet, craindre qu'il ait eu une idée de spéculation; du reste, ne continue-t-il pas la personne du défunt? [1] A l'acquisition par dévolution successo-

(1) Voir diverses explications fournies par le Président de la Commission lors des travaux parlementaires.
Ch. des Dép. Séance du 29 Mai 1923, J. O., p. 2167.
Ch. des Dép. Séance du 31 Mai 1923, J. O., p. 2227 et 2229.
Paris, 28 Octobre 1929, D. H. 1930, 25.
Paris, 27 Juillet 1931. Rev. des Loyers 1931, 962.

rale, les travaux parlementaires ont assimilé l'adjudication sur licitation au profit d'un co-héritier co-partageant, solution très logique au point de vue juridique, puisque le partage est, en droit français, déclaratif et non translatif de propriété, (Article 883 du Code civil), et que la licitation au profit d'un co-héritier équivaut au partage [1].

Construction de l'Immeuble

48. De l'acquisition de l'immeuble, il faut distinguer la construction. Dans ce cas l'article 5 § 2 ne s'applique pas, la fraude qu'il a pour but de déjouer ne pouvant exister. Le propriétaire reprenant un immeuble qu'il a construit, et non pas acquis, ne doit donc pas, en principe, l'indemnité d'éviction, puisque ne se rencontre pas la condition d'une acquisition, base nécessaire de l'action en paiement d'une indemnité d'éviction [2].

Il n'en serait pas de même s'il s'agissait d'un immeuble reconstruit après démolition d'un ancien immeuble acquis; l'article 5 § 2 (*in fine*) le précise. Ce texte était nécessaire; le propriétaire peut, en effet, reprendre sans devoir l'indemnité d'éviction d'un immeuble qu'il compte reconstruire; le législateur, puisque telle était son intention, devait donc préciser que la reconstruction suivie d'occupation commerciale par le propriétaire donnait lieu au paiement de l'indemnité.

---

(1) Ch. des Dép., Séance du 29 Mai 1923, J. O., p. 2167.
Lyon, 27 Nov. 1930, Moniteur Judiciaire de Lyon, 2 Oct. 1931.

(2) Trib. Civ. de la Manche, sect. de Coutances, 3 Avril 1928, D. H. 1928, 411.

§ 2

Qualité de commerçant à la date d'acquisition de l'immeuble

La Règle

49. Le propriétaire doit être commerçant ou industriel « déjà établi » lors de l'acquisition de son immeubli. Le texte est formel et se comprend du reste fort bien; si la condition qu'il impose n'est pas rempjlie, la présomption de fraude caractérisée édictée par le législateur n'est nullement justifiée. Donc, si le propriétaire effectuant la reprise de son immeuble n'exerçait pas un commerce lors de l'acquisition de celui-ci, le locataire congédié ne peut invoquer contre lui l'alinéa 2 de l'article 5. Son établissement en tant que commerçant doit être antérieur à l'acquisition par lui des locaux qu'il désire reprendre.

Intention éventuelle de s'établir commerçant

50. Mais l'intention éventuelle de s'établir commerçant vaut-elle établissement réel? La Cour d'Appel de Paris [1] l'admet; mais cet arrêt est avant tout une décision d'espèce justifiée uniquement par les circonstances de la cause : si l'acquisition du fonds était postérieure à celle de l'immeuble, du moins avait-elle été décidée depuis longtemps, et c'était seulement la durée des pourparlers qui avait retardé celle-ci après l'achat de l'immeuble, et modifié l'ordre chronologique prévu des opérations. Aussi cette solution ne doit pas,

(1) Paris, 28 Avril 1930. D. H. 1930, 369.

croyons-nous, être généralisée; elle aboutit, en effet, à faire supporter au propriétaire les charges de la preuve; or l'article 5 alinéa 2, doit être, et est en jurisprudence, considéré comme une exception; une interprétation étroite s'impose.

Il faut plutôt admettre que, ou bien les strictes conditions d'application de l'alinéa 2 de l'article 5 sont réunies et alors le propriétaire doit l'indemnité d'éviction; ou bien l'acquisition de l'immeuble a eu lieu avant celle du fonds de commerce et le propriétaire peut effectuer la reprise sans devoir l'indemnité; mais le locataire conserve alors la possibilité d'établir que le propriétaire a eu l'intention de tourner la loi, et ainsi, à un titre nouveau, il peut obtenir le paiement de l'indemnité. L'intérêt de cette remarque est de savoir à qui incombera le fardeau de la preuve.

Acquisition par une société, lors de sa constitution, d'un immeuble et d'un fonds de commerce

51. Cette condition de l'établissement commercial antérieur à l'acquisition de l'immeuble a donné lieu à quelques difficultés dans la pratique; la jurisprudence leur a donné une solution en interprétant le texte aussi restrictivement que possible.

Une première difficulté est apparue à propos de la situation suivante : une société acquiert en se constituant un immeuble et un fonds de commerce; l'article 5 § 2 lui est-il opposable? Plusieurs décisions ont répondu par la négative, l'immeuble litigieux a été acquis par la société au moment même où elle se constituait; ce n'est donc pas une acquisition faite par un commerçant déjà établi, et, en conséquence, le

locataire ne peut opposer au droit de reprise les dispositions de l'article 5.

Un arrêt de la Chambre des Requêtes, notamment, porte les attendus suivants [1] :

« Attendu qu'aux termes de l'article 1843 du Code « des immeubles est la société..... à qui l'im- « meuble a été apporté au moment même où elle se « constituait. »

« Attendu qu'aux termes de l'article 1843 du Code « civil, la société commence à l'instant même du « contrat, et aux termes de l'article 1138 du même « Code, la propriété se transmet par le seul effet de « la convention; qu'il s'ensuit que la société est née « et s'est établie commerçant au moment où elle « acquérait l'immeuble dans lequel se trouvaient les « locaux occupés par les époux L.....; que l'arrêt en « déduit avec raison que l'acquisition n'a pas été faite « par un commerçant déjà établi, et qu'en consé- « quence, la société, contre qui aucune fraude n'est « alléguée, n'est pas tenue au paiement d'une indem- « nité d'éviction. »

Ces décisions, très scrupuleuses applications des textes, sont favorables au propriétaire; mais elles ne doivent pas paraître sévères pour le locataire; elles lui réservent expressément la possibilité d'établir la fraude de l'alinéa 4.

---

(1) Req. 16 Juin 1931, D. H. 1931, 393 ; S. 1931, 1, 288 ; G. P. 1931, 2, 301.
Voir, dans le même sens, les décisions suivantes :
Paris 9 et 23 Février 1929, G. P. 1929, 2, 16.
Req. 18 Mars 1931, G. P. 1931, 1, 778.
Paris 18 Juil. 1931, G. P. 1931, 2, 871.

Reprise effectuée par un associé en vue de réaliser son apport

52. Une autre difficulté s'est révélée dans les circonstances suivantes : une personne, non commerçante, avait acquis un immeuble; puis elle était entrée comme associé dans une société en nom collectif, lui donnant à titre d'apport, la jouissance de l'immeuble dont elle s'était rendue acquéreur. L'immeuble ayant été précédemment loué, elle refusa le renouvellement du bail au locataire, afin de pouvoir effectuer son apport. La Cour de Paris [1] reconnaît le droit d'exercer cette reprise sans indemnité, non seulement parce que le propriétaire n'était pas commerçant établi, le jour de l'acquisition, mais aussi parce que, cette preuve eut-elle été apportée, l'acquisition ne pouvait avoir pour but d'agrandir le commerce de l'acquéreur, mais celui d'une société dans laquelle il était seulement associé, la personnalité de l'acquéreur ne se confondant pas avec celle de la société.

Conséquences pratiques

53. L'étude de la condition obligatoire de l'existence de la qualité de commerçant à la date d'acquisition de l'immeuble aboutit à quelques conséquences partiques importantes; elles conserveront leur intérêt sous le régime à venir, car la proposition de loi actuellement en discussion ne contient pas de texte permettant de les éviter.

Une première conséquence est que le propriétaire établi commerçant avant la reprise de son immeuble,

(1) Paris, 1er Juillet 1929, D. H. 1929, 545.

mais seulement depuis l'acquisition de celui-ci, ne peut être assujetti par le locataire congédié au paiement de l'indemnité d'éviction; c'est seulement s'il a acquis l'immeuble étant commerçant que l'alinéa 2 de l'article 5 peut lui être opposé. L'acquisition d'un immeuble par une société dans l'acte de constitution où elle se rend également propriétaire du fonds de commerce n'entraîne pas non plus application de l'alinéa 2.

Il faut donc conseiller aux personnes qui désirent s'établir commerçants dans un immeuble leur appartenant d'acquérir l'immeuble en premier lieu, puis, ils s'établiront commerçants dans un immeuble qu'ils loueront, puisque, par hypothèse, l'immeuble acquis n'est pas libre. Le jour où ils en effectueront la reprise, ils auront bien la qualité de commerçant, mais ne l'ayant pas au moment même de l'acquisition, l'article 5 alinéa 2 ne leur est pas opposable. De même les sociétés devront acquérir l'immeuble et le fonds de commerce dans leur acte de constitution.

Une seconde conséquence apparaît dans le cas où un commerçant désire acquérir un immeuble afin d'y installer un fonds de commerce qu'il exploite déjà. Il semble que lors de la reprise de l'immeuble, il soit assujetti au paiement de l'indemnité d'éviction. Cependant il lui est possible d'éviter cette obligation en demandant à une personne non commerçante d'acquérir l'immeuble, puis de constituer avec lui une société à laquelle seront apportés d'une part le fonds de commerce, d'autre part l'immeuble en propriété et en jouissance. Les baux de l'immeuble venant à expiration, cette personne peut refuser de renouveler le bail afin d'effectuer l'apport, sans devoir l'indemnité.

Dans le même but, une société commerciale peut se

dissoudre, puis, antérieurement à une nouvelle constitution, faire acheter les immeubles convoités par les futurs actionnaires; ceux-ci feront apport à la société nouvelle des immeubles acquis en propriété et en jouissance.

Il semble bien qu'il y ait là pour les propriétaires un moyen de tourner la loi, étant donné l'esprit de la jurisprudence et les arrêts déjà rendus. Cependant cette solution est peut-être surtout théorique; outre qu'elle impose des frais importants, elle rencontre, en effet, des difficultés pratiques sérieuses. Le détour ne sera économique que si la quotité prévue de l'indemnité qui normalement aurait dû être payée est inférieure aux frais nécessaires pour tourner la loi. Quant au résultat de l'opération, il est, en définitive, un renversement de preuve en faveur du propriétaire; le locataire conserve la possibilité d'établir la fraude du bailleur suivant les termes de l'alinéa 4, et d'obtenir ainsi le paiement de l'indemnité; il peut, par exemple, prouver que la société nouvelle est un véritable prête-nom de l'ancien propriétaire.

Une autre conséquence peut se présenter lorsqu'une personne ayant la qualité de commerçant acquiert un immeuble, puis désire en effectuer la reprise en vue d'une destination commerciale. Pour éviter le paiement de l'indemnité d'éviction, il suffit au commerçant propriétaire de constituer une société qui lui acquérera immeuble et fonds de commerce, et dans laquelle il prendra bien soin, évidemment, de se réserver une place de tout premier plan. La société pourra refuser le renouvellement du bail de l'immeuble sans devoir l'indemnité.

Cette combinaison se rapproche de la précédente, et présente les mêmes inconvénients pratiques.

§ 3

Agrandissement des locaux ou fondation d'une succursale

54. Pour que le propriétaire soit tenu au paiement de l'indemnité d'éviction, il ne suffit pas qu'il ait acquis l'immeuble alors qu'il était commerçant ou industriel établi; il doit, en outre, avoir poursuivi un but déterminé que réalise la reprise : l'agrandissement des locaux où il exerce son commerce ou la fondation d'une succursale.

Acquisition et reprise de l'immeuble doivent être deux faits étroitement liés : l'acquisition est le premier acte de réalisation d'un projet qui doit aboutir à la reprise de l'immeuble.

Cette condition suppose deux éléments, l'un et l'autre nécessaires :

A) Un élément intentionnel, motif de l'acquisition de l'immeuble;

B) Un élément matériel, résultat de cette acquisition et de la reprise;

C) Applications des règles ci-dessus.

A) ELEMENT INTENTIONNEL,
MOTIF DE L'ACQUISITION DE L'IMMEUBLE

Acquisition dans le but d'agrandir les locaux ou de fonder une succursale.

55. Lors de l'acquisition de l'immeuble, le propriétaire devait poursuivre un but bien déterminé, qui a

été le motif de son action : l'agrandissement des locaux où il exerce son commerce ou la fondation d'une succursale; s'il a obéi à un autre mobile, par exemple au désir d'effectuer un placement immobilier, l'article 5 alinéa 2 ne s'applique pas, même si la reprise doit avoir pour résultat matériel l'agrandissement des locaux. Mais il a été reconnu que l'achat d'un immeuble avec l'intention simplement éventuelle de l'utiliser pour agrandir son commerce était suffisante pour donner lieu à l'indemnité d'éviction [1].

Peu importe que le propriétaire ait renouvelé le bail depuis son acquisition; l'article 5 § 2 est applicable pourvu que l'intention au moment de l'acquisition soit certaine [2].

La preuve de cette intention sera à la charge du locataire si l'acquisition date de plus de cinq ans avant l'expiration du bail; elle pourra être fournie par tous moyens, même par présomption, que le juge appréciera souverainement [3]. Si l'acquisition date de moins de cinq ans, le locataire bénéficiera d'une présomption légale de fraude du propriétaire.

B) ELEMENT MATERIEL
RESULTAT DE L'ACQUISITION ET DE LA REPRISE

La Règle

56. Le propriétaire ne devra le paiement de l'indemnité d'éviction que si la reprise effectuée a pour résultat : l'agrandissement des locaux où il exerce déjà son

(1) Trib. Civ. de la Seine, 21 Déc. 1928, G. P. 1929, 1, 221.
(2) Montpellier, 21 Juin 1928, D. H. 1928, 534.
Req., 4 Mars 1930, D. H. 1930, 210 ; S. 1930, 1, 272.
Douai, 18 Fév. 1931, S. 1931, 2, 163. ; G. P. 1931, 1, 637.
(3) Req., 9 Mars 1931, G. P. 1931, 1, 717.
Req., 8 Avril 1932, G. P. 1932, 2, 43.

fonds de commerce, ou la fondation d'une succursale. A l'élément intentionnel, motif de l'acquisition, doit s'ajouter, le fait matériel d'agrandissement ou de fondation de succursale. Si tel n'est pas le résultat de la reprise, le propriétaire ne devra pas l'indemnité d'éviction.

Fondation d'une Succursale

57. Il n'y a pas eu de difficultés à porter sur l'application de l'expression « Fonder une succursale ». La succursale est un établissement en dépendance étroite avec une autre exploitation, préexistante et de même nature [1]. A une demande en indemnité d'éviction, le propriétaire peut opposer, par exemple, l'importance ou le caractère de son commerce qui ne comporte pas l'établissement d'une seconde exploitation ou d'un dépôt distinct du siège principal de l'industrie. Tout est une question de fait.

Agrandissement des locaux

58. *La Controverse.* — Mais la controverse est née particulièrement importante, lorsque les praticiens se sont demandés quelle portée donner aux termes de la loi : « Agrandir les locaux où il... (le commerçant) exerce son commerce. »

Les propriétaires, désireux de limiter le plus possible le champ d'application de l'alinéa 2 de l'article 5 plaidèrent l'interprétation littérale du texte, prétendant qu'il devait l'indemnité, non pas dans toutes les hypothèses où il y avait extension du commerce, ou accroissement des bénéfices, mais seulement au cas d'agrandissement matériel des locaux. Alors, mais

(1) Montpellier, 7 Juin 1928, D. H. 1928, 504.

dans ce cas seulement, l'article 5, § 2, jouait; par contre, s'il y avait transfert du fonds de commerce impliquant l'abandon des anciens locaux, l'indemnité n'était pas due.

A l'inverse, les locataires observaient que limiter ainsi l'application du texte litigieux était contraire à l'esprit de la loi et à l'intention du législateur; le dessein de celui-ci avait été de frapper tout développement et toute extension de l'exploitation. Certes le texte porte bien : « Agrandir les locaux où il exerce son commerce » mais il y avait eu inadvertance et erreur inconsciente du législateur, cette expression ayant été substituée, au tout dernier moment, et sans que raison en soit donnée, à celle, beaucoup plus générale, « d'extension du commerce », jusque-là toujours employée.

La controverse. — Sa solution jurisprudentielle

59. L'origine de toute la difficulté est bien, en effet, cette modification du texte aux dernières heures du débat législatif; suivant que l'on invoque travaux préparatoires ou texte de la loi le domaine d'application de l'alinéa 2 de l'article 5 varie.

Les décisions des Cours d'Appel, particulièrement nombreuses, présentaient des divergences. Le plus grand nombre s'en tenait à l'agrandissement matériel, purement objectif, des locaux, thèse qui devait triompher [1]. D'autres, presque plus nombreuses, qua-

(1) Voir les décisions rapportées au supplément 1929 de l'*Op. cit.* de MM. Robert Martin et René Maus, n° 477, 2, ou à la note de M. Trasbot sous Ch. Civ. 15 Mai 1929, D. P. 1929, 1, 113.
Trib. de Poitiers, 29 Nov. 1926, S. 1927, 2, 40.
Poitiers, 29 Mars 1927, D. H. 1927, 311.
Caen, 13 Juin 1927, D. H. 1927, 517.
Paris, 17 Déc. 1928, S. 1929, 2, 94.

lifiaient d'agrandissement tout développement de l'entreprise, sous quelque forme concrète qu'il ait lieu et ne se préoccupaient pas du fait du déplacement du fonds de commerce; il leur suffisait, ou bien que les nouveaux locaux soient plus grands que les anciens, ou bien qu'il y ait développement économique de l'exploitation du propriétaire se traduisant par un accroissement de bénéfices, pour que l'indemnité d'éviction soit due [1].

La Cour de Cassation aurait pu ne pas prendre position, estimant que ce problème était uniquement une question de fait. Elle a voulu cependant connaître le différend. Un arrêt de la Chambre des Requêtes [2] permit de prévoir en quel sens elle se prononcerait; puis, le 15 Mai 1929, la Chambre civile, dans un arrêt de principe [3] envisagea entièrement la difficulté :

« Attendu que les termes de l'article 5 § 2 ne peu-
« vent s'entendre que d'un agrandissement des locaux
« existants par l'adjonction de nouveaux locaux, géné-
« ralement contigus ou voisins, qui en deviennent des
« dépendances, et ce, sans déplacement du fonds de
« commerce que la loi suppose maintenu à son siège
« antérieur; que cette interprétation littérale est la
« seule qu'autorise le caractère du texte litigieux,
« restrictif du libre exercice du droit de propriété.

---

(1) Voir décisions rapportées au supplément 1929 de l'*Op. cit.* de MM. Robert MARTIN et René MAUS, n° 477, 2 et les décisions citées par M. TRASBOT dans sa note sous Ch. Civ., 15 Mai 1929, D. P. 1929, 1, 113 ; Lyon 18 Oct. 1928, D. H. 1928, 567.

(2) Req., 11 Déc. 1928, D. H. 1929, 36 ; S. 1929, 1, 106.

(3) Ch. Civ., 15 Mai 1929, D P. 1929, 1, 113. Note de M. André TRASBOT ; S. 1929, 1, 265.

« Attendu, d'ailleurs, qu'au cours des débats parle-
« mentaires, alors que le texte provisoirement adopté
« assujettissait au paiement de l'indemnité d'éviction
« toute reprise des lieux loués en vue « d'étendre un
« commerce » déjà existant, cette rédaction a été
« finalement remplacée par celle qui vise non plus
« l'extension du commerce, mais l'agrandissement des
« locaux; que cette substitution, évidemment inten-
« tionnelle, ne laisse aucun doute sur la distinction
« voulue entre la reprise dont le but exclusif est
« l'agrandissement des locaux commerciaux et celle
« dont l'objet est de déplacer le siège même du com-
« merce, et qui, le plus souvent déterminée par d'au-
« tres considérations que la recherche d'un local plus
« vaste, a du moins, en tous les cas, l'avantage de
« libérer le local abandonné.

« Attendu, dès lors, que la légitimité de la reprise
« opérée en vue de ce déplacement, doit être recon-
« nue sans conditions. »

La plupart des décisions reprendront mot pour mot la formule essentielle de cet arrêt. La Chambre des Requêtes, le 2 Avril 1930 [1] la développe d'une façon particulière.

« Attendu que l'arrêt constate que la distance qui
« sépare le lieu où le propriétaire établit son com-
« merce et les locaux par lui repris rend inadmissible
« de sa part toute idée d'agrandissement des locaux
« dans lesquels il exerce son commerce ».

---

(1) Req., 2 Avril 1930, D. H. 1930, 265 ; G. P. 1930, 1, 893.

La même juridiction, le 17 Avril 1931 [1], précise encore le sens du mot agrandissement en lui adjoignant le qualificatif de « matériel » : « Agrandissement matériel des locaux. »

La controverse est aujourd'hui pratiquement tranchée. La définition jurisprudentielle de l'agrandissement, reprise scrupuleusement par de nombreuses décisions émanant soit des Cours d'Appel, soit de la Cour de Cassation [2], a fait triompher de nouveau une interprétation littérale et restrictive de la loi favorable aux propriétaires.

La Controverse. — Son Examen

60. Cette jurisprudence est, semble-t-il, exacte [3]. Le juge ne peut tenir compte que du texte de la loi; s'il a pour devoir d'en connaître l'esprit, il ne peut en faire application que dans les limites permises par le texte; or celui-ci, modifié lors des travaux parlementaires dans un sens étroit, est formel; il doit être interprété littéralement, même si les motifs qui ont présidé à la différence de rédaction n'apparaissent pas, même

---

(1) Req., 17 Avril 1931, D. H. 1931, 330 ; G. P. 1931, 2, 17.

(2) Voir outre les décisions déjà citées :
Req., 20 Nov. 1929, S. 1930, 1, 95.
Ch. Civ., 16 Juil. 1930, D. H. 1930, 489 ; S. 1930, 1, 392.
Douai, 18 Fév. 1931, S. 1931, 2, 163 ; G. P. 1931, 1, 637.
Req., 9 Mars 1931, G. P. 1931, 1, 717.
Req., 20 Oct. 1931, S. 1931, 1, 371 ; G. P. 1931, 2, 822.

(3) Note de M. Chéron : *Examen doctrinal de jurisprudence commerciale.* Revue critique de législation et de jurisprudence. Année 1930, p. 424.
A l'inverse, critiquant cette jurisprudence : Note de M. Trasbot sous Ch. Civ., 15 Mai 1929, D. P. 1929, 1, 113. Voir aussi : Article de M. Marin, Lois Nouvelles, 1928, 1, 396 : « *Quand y a-t-il refus de renouvellement pour agrandissement ?* »

si aucune raison n'a été donnée au changement de texte. La substitution à une expression très large d'une expression limitative doit être supposée intentionnelle. Si l'interprétation rendue ainsi nécessaire entraîne des conséquences regrettables, la faute en est au législateur; mais on ne doit pas reprocher au juge ses décisions. C'est avec raison que la Cour de Cassation, envisageant nettement la difficulté dans son origine même, a interprété strictement l'alinéa 2.

61. Il faut cependant admettre que les résultats de cette jurisprudence peuvent paraître regrettables et contraires à la réalité économique; la Cour de Chambéry [1] en a donné un exemple : la reprise par un commerçant d'une simple boutique contiguë à ses locaux donne lieu à un agrandissement entraînant le paiement de l'indemnité; et celle-ci n'est pas due, si le commerçant quitte un petit magasin ouvrant sur une rue étroite et obscure pour s'installer dans un vaste immeuble bien situé.

Il y aurait toutefois erreur à croire que cette jurisprudence réduise presque à néant le droit du locataire à l'indemnité. Il suffit à celui-ci de porter le débat sur le terrain de l'alinéa 4 et de prouver une fraude à la charge de son bailleur. La jurisprudence applique, en effet, très largement ce texte toutes les fois que l'équité le commande; le conflit étant ainsi déplacé, la distinction entre transfert et agrandissement perdra peut-être beaucoup de son importance.

Conséquences

62. La portée de l'alinéa 2 de l'article 5 se trouve donc pratiquement limitée par cette jurisprudence. Le

(1) Chambéry, 27 Décembre 1927, D. H. 1928, 142.

propriétaire ne doit pas l'indemnité d'éviction, chaque fois qu'il peut établir que le résultat de sa reprise n'est pas l'agrandissement matériel des locaux, c'est-à-dire : « L'adjonction aux locaux existants de nouveaux locaux, généralement contigus ou voisins, qui en deviennent des dépendances, et cela sans déplacement du fonds de commerce que la loi suppose maintenu à son siège antérieur » [1].

Remarquons que si le commerçant conserve son fonds de commerce dans les locaux où il l'exploitait antérieurement, mais prétend effectuer la reprise de locaux éloignés, il n'y a pas agrandissement au sens de l'alinéa 2, même s'il y a identité de commerce. Mais peut-être y a-t-il fondation de succursale. C'est là une question de fait, dépendant en particulier de la nature du commerce exercé, de son importance et des circonstances de chaque cause; le propriétaire peut alors devoir l'indemnité d'éviction en vertu de l'alinéa 2, malgré la jurisprudence du 15 Mai 1929.

Transfert du fonds de commerce

63. Au cas d'abandon des anciens locaux, l'indemnité d'éviction n'est jamais due. En effet, le transfert d'un fonds de commerce, c'est-à-dire le déplacement

(1) Avant le 15 Mai 1929, dans le sens d'un agrandissement obligeant le propriétaire au paiement d'une indemnité,
Chambéry, 21 Novembre 1927, G. P. 1928, 2, 745.
Amiens, 18 Juillet 1928, S. 1928, 2, 134.
Trib. Civ. de la Seine, 8 Avril 1929, G. P. 1929, 2, 51.
En sens contraire : Lyon, 18 Octobre 1928, D. H. 1928, 566.
Depuis le 15 Mai 1929 :
Amiens, 4 Février 1931, G. P. 1931, 1, 637.
Douai, 18 Février 1931, G. P. 1931, 1, 637 ; S. 1931, 2, 163.
Voir encore :
Lyon, 19 Mai 1930, Mon. jud. de Lyon, 12 Mai 1931.
Douai, 2 Mars 1931, Recueil de Douai 1931, 107.

du fonds laissant libre l'immeuble où il était exploité antérieurement, ne constitue pas un agrandissement au sens jurisprudentiel de l'article 5. Qu'il en résulte ou non un développement de l'entreprise commerciale, se traduisant par un accroissement de bénéfice ou par ce fait que les nouveaux locaux sont plus vastes que les anciens, le propriétaire ne doit pas l'indemnité [1]. Il n'y a pas lieu alors de rechercher quelle était l'intention du propriétaire au moment de l'acquisition [2].

Fréquemment, la jurisprudence a dû trancher le point de savoir si la reprise effectuée par un propriétaire commerçant, et notamment par une société, dans le but de procurer certains avantages aux ouvriers, peut constituer au sens de l'alinéa 2 de l'article 5 un agrandissement des locaux où il exerce son commerce. La question s'est posée surtout à propos du logement du personnel; elle existe aussi relativement aux œuvres sociales telles que restaurant coopératif, garderie d'enfants, bibliothèque, etc...

Elle a été résolue de diverses façons; les décisions récentes des Cours d'Amiens et de Douai affirment des principes opposés, mais en réalité sont conciliables; ces deux arrêts, dans le cadre de la définition jurisprudentielle de l'agrandissement, jugent surtout en fait et se demandent si l'acquisition a eu pour but de con-

(1) De nombreuses décisions ont fait application de cette notion de transfert.
Poitiers, 29 Mars 1927, D. H. 1927, 311.
Trib. Civ. de la Seine, 9 Avril 1928, D. H. 1929, 425.
Paris, 17 Décembre 1928, S. 1929, 2, 94.
Req., 20 Novembre 1929, S. 1930, 1, 95.
Civ., 16 Juillet 1930, D. H. 1930, 489 ; S. 1930, 1, 392.
Req., 22 Juillet 1930, G. P. 1930, 2, 412.
Req., 17 Avril 1931, D. H. 1931, 330 ; G. P. 1931, 2, 17.
Paris, 4 Mai 1931, D. H. 1931, 370 ; G. P. 1931, 2, 204.
Req., 20 Octobre 1931, S. 1931, 1, 371 ; G. P. 1931, 2, 822.

(2) Lyon, 19 Octobre 1931, G. P. 1931, 2, 880.

server la main-d'œuvre, et alors il n'y a pas lieu à l'indemnité, ou si le résultat doit être une augmentation de personnel, et alors le propriétaire doit l'indemnité. L'arrêt d'Amiens porte que la Société voulait accroître ses moyens d'action et agrandir ainsi l'importance des locaux par lesquels elle exerce son industrie; et la Cour de Douai prend soin de noter qu'il n'a pas été soutenu que la reprise avait pour objet de permettre au propriétaire d'accroître son personnel.

Il faut conclure que la reprise d'un immeuble dans le but de procurer certains avantages au personnel ne constitue pas nécessairement un agrandissement; tout dépend des circonstances de la cause, et notamment de l'esprit qui a présidé à la reprise.

Projet de Réforme de la Loi du 30 Juin 1926

64. Il importe de signaler la rédaction relative à ce problème insérée dans la proposition de loi actuellement en discussion [1] :

« Si le local ou l'immeuble a été acquis par un com-
« merçant ou un industriel déjà établi en vue, soit de
« fonder une succursale, soit d'agrandir son commerce
« ou ses locaux, qu'il s'agisse d'un agrandissement
« dans l'immeuble même où il exerce son commerce
« actuel, ou dans tout autre immeuble, le locataire
« sortant aura droit à l'indemnité prévue à l'article 4,
« même en cas de reconstruction de l'immeuble. »

Ce texte très général, sera probablement adopté; l'intérêt de la jurisprudence que nous venons de rele-

(1) Cham. des Dép., 1re Séance, 8 Février 1932, J. O. 9 Février, Déb. Parl., 480 ; — Sénat, séance du 21 Juin 1932, J. O. du 22 Juin 1932, Déb. Parl. 920.

ver deviendra, semble-t-il, bien faible. Même malgré les termes du rapporteur précisant qu'il veut donner au mot agrandissement le sens le plus large et trancher une controverse juridique, les tribunaux accepteront-ils de bon gré d'avoir ainsi la main forcée par le législateur, et les propriétaires ne trouveront-ils pas moyen d'éviter à nouveau le paiement de l'indemnité? En tous cas, les deux premières conditions du paiement de l'indemnité d'éviction que nous avons déjà étudiées subsistent au texte de la proposition de loi, et avec elles certaines possibilités pour le propriétaire d'éviter les conséquences de l'alinéa 2 de l'article 5.

(Voir le texte actuel proposé, supra n° 74).

C) APPLICATIONS

Examinons maintenant deux applications des règles que nous venons d'indiquer :

a) Reprise de locaux commerciaux par étapes successives;

b) Groupement des locaux commerciaux d'une entreprise.

a) Reprise de locaux commerciaux par étapes successsives

65. Au lieu d'effectuer le même jour et d'une façon définitive la reprise de deux immeubles contigus qu'il a acquis à la même date, le propriétaire, quittant complètement ses anciens locaux, effectue la reprise intégrale de l'un des immeubles, et la reprise des locaux libres de location de l'autre immeuble. Il manifeste, au même moment, l'intention de reprendre les

autres locaux de cet immeuble, au fur et à mesure de leur libération. Les reprises ainsi effectuées en dernier lieu auront peut-être en fait pour conséquence l'agrandissement des lieux repris antérieurement, mais l'intention ayant présidé à leur acquisition était le transfert total du fonds de commerce alors exploité. L'indemnité d'éviction n'est donc pas due. Plusieurs décisions jurisprudentielles [1] ont relevé que la reprise par étapes successives n'est pas en soi déterminante de l'intention d'agrandissement, il faut rechercher quel but le propriétaire a poursuivi au moment de l'acquisition de la totalité des locaux, et, d'après cette intention, décider s'il y a lieu à application de l'article 5 § 2.

Pour éviter le paiement de l'indemnité d'éviction, le proprétaire doit donc établir que, dès l'origine, il avait uniquement en vue le transfert de son fonds de commerce dans tous les locaux repris, et que la réalisation de son désir n'a été retardée pour certains locaux que par suite des baux plus longs dont ils étaient grevés. Cette preuve de l'intention du transfert, lors de l'acquisition, sera facile à établir, s'il a eu soin de faire connaître sa volonté aux locataires lors de l'acquisition. Il faut, en conséquence conseiller aux propriétaires commerçants qui reprennent d'abord seulement certains locaux de leur immeuble, en vue d'y opérer un transfert de leur fonds de commerce, de signifier dès cette reprise initiale aux occupants des locaux contigus que leur intention est d'y transférer leur commerce, dès le terme des baux, et non d'agrandir les locaux repris en premier lieu.

---

(1) Req., 17 Avril 1931, D. H. 1931, 330 ; G. P. 1931, 2, 17. Paris, 27 Avril 1931, G. P. 1931, 2, 128.

b) Groupement des locaux commerciaux d'une entreprise

66. Un propriétaire est à la tête d'un commerce dont le siège et les dépendances sont dispersés dans plusieurs locaux. Il entend effectuer la reprise d'un immeuble afin d'y transporter son fonds de commerce tout entier, et de pouvoir grouper ainsi en un seul lieu les différents éléments de son exploitation.

La Cour de Cassation [1] a décidé, appliquant strictement comme toujours l'alinéa 2, qu'il n'y avait pas là création d'une succursale ou agrandissement des locaux où s'exploite un fonds de commerce par l'adjonction de locaux nouveaux; bien qu'il en résulte pour l'entreprise une installation plus stable et plus rationnelle, le propriétaire ne peut être assujetti au versement de l'indemnité, même si les nouveaux locaux sont plus spacieux que ceux abandonnés.

Supposons qu'un propriétaire abandonne partie de ses locaux commerciaux afin d'effectuer une reprise dans l'immeuble où il est déjà établi, ou dans un immeuble contigu. Il y a bien encore ici un groupement de locaux commerciaux, mais la complexité du problème se trouve accrue du fait que ce groupement est effectué, non pas dans un immeuble quelconque, mais dans un local annexe à celui où était déjà exploitée partie du fonds de commerce. Il semble dans ce cas y avoir eu agrandissement de locaux existants par l'adjonction de nouveaux locaux acquis dans ce but par un commerçant déjà établi. Cependant, on peut avoir une hésitation étant donné qu'il y a abandon des

(1) Ch. Civile, 16 Juillet 1930, D. H. 1930, 458 ; S. 1930, 1, 380.

locaux où était exploité antérieurement partie du fonds de commerce.

Nous avons relevé deux espèces jurisprudentielles relatives à cette difficulté [1]. Le Tribunal civil de la Seine-Inférieure, section de Rouen, a décidé qu'il y avait agrandissement entraînant application de l'alinéa 2. Mais on doit remarquer que par agrandissement le jugement a entendu l'accroissement probable des bénéfices de l'entreprise résultant de la réduction des frais généraux; le Tribunal a estimé que ce développement possible du commerce l'emportait sur le fait, allégué par le propriétaire, de la suppression de locaux de superficie égale ou supérieure à celle de l'immeuble repris.

Peu auparavant, la Cour de Caen avait eu également à connaître d'une concentration d'exploitation commerciale : un hôtel et son annexe étaient réunis dans l'immeuble où existait déjà l'annexe. L'arrêt considérant que le but du propriétaire apparaissait d'une manière certaine, qu'il n'en résultait pas pour son exploitation une plus grande extension, le nombre des chambres de l'hôtel restant le même, a admis qu'il n'y avait pas agrandissement; il pouvait y avoir seulement fixation d'indemnité éventuelle au cas de fraude du propriétaire.

Ces décisions sont antérieures à la définition jurisprudentielle de l'agrandissement (Arrêt de la Chambre Civile du 15 Mai 1929). Postérieurement à cette date nous n'avons pas relevé de jurisprudence. Que serait-il décidé aujourd'hui dans une espèce semblable? La juridiction préciserait le problème en reprenant la

(1) Trib. Civil de la Seine-Inf^re^, Section de Rouen, 11 Juillet 1927, D. H. 1927, 442 ; Caen, 13 Juin 1927, D. H. 1927, 517.

notion d'agrandissement du 15 Mai 1929, puis, dans ces limites, elle jugerait en équité, d'après les circonstances de la cause.

Section 2

CHARGE DE LA PREUVE

Le législateur désirant assurer une protection du locataire d'autant plus efficace que la fraude à ses droits semble plus à craindre, a distingué deux situations; suivant la date d'acquisition de l'immeuble, il a mis la preuve à la charge du propriétaire, ou du locataire.

Paragraphe 1er. — Acquisition datant de moins de 5 ans.

Paragraphe 2. — Acquisition datant de plus de 5 ans.

§ 1er

ACQUISITION DATANT DE MOINS DE 5 ANS

PRESOMPTION LEGALE

67. L'agrandissement des locaux ou la fondation d'une succursale sont des faits d'ordre matériel dont le locataire peut facilement établir l'existence. Mais il n'en est pas de même pour la preuve du but de l'acquisition. Aussi le législateur a édicté dans l'alinéa 3 de l'article 5 une présomption d'intention frauduleuse du propriétaire.

Si l'acquisition de l'immeuble repris n'a pas date certaine, avant les cinq ans précédant l'expiration du bail ou la fin de sa prorogation [1], elle est considérée comme suspecte; son but, présume la loi, est l'agrandissement des locaux ou la fondation d'une succursale.

Cette présomption n'en laisse pas moins au locataire l'obligation d'établir que les autres conditions d'existence de la fraude caractérisée sont bien remplies : acquisition de l'immeuble par un commerçant déjà établi, et agrandissement des locaux ou fondation d'une succursale, résultat de la reprise. La présomption ne porte que sur l'intention du propriétaire au moment de l'acquisition, pourvu que le locataire établisse que celle-ci date de moins de cinq ans.

Mais cette présomption n'est pas irréfragable. Le texte réserve expressément au propriétaire la possibilité d'établir le but véritable et légitime de son acquisition, et de se libérer ainsi de l'indemnité d'éviction [2]. Cette preuve est facile à apporter.

---

(1) La date certaine de l'acquisition se détermine d'après les principes de l'article 1328 du Code Civil.

C'est à la date d'acquisition qu'il faut se placer pour savoir de quelle prorogation il peut être fait état relativement au calcul du délai de cinq ans. Cette prorogation est en effet celle à laquelle l'occupant peut avoir droit en l'état de la législation au moment de l'acquisition ; il ne saurait être question, la présomption légale ne se comprenant plus alors, des prorogations qui ont pu être décidées postérieurement à cette acquisition.

(2) Trib. Civ. de Poitiers, 29 Novembre 1926, S. 1927, 2, 40.
Trib. Civ. de l'Ain, Sect. de Nantua, 4 Mars 1927, D. H. 1927, 233.
Montpellier, 21 Juin 1928, D. H. 1928-534.
Trib. Civ. de la Seine, 21 Déc. 1928, G. P. 1929, 1, 221.
Ch. Civile, 15 Mai 1929, D. P. 1929, 1, 113 ; S. 1929, 1, 265.
Req., 10 Déc. 1929, D. H. 1930, 1 ; S. 1930, 1, 103.

Preuve contraire : Transfert

68. Le propriétaire tentera de prouver que le but poursuivi lors de l'acquisition était le transfert de son fonds de commerce et non l'agrandissement de ses locaux. Il établira, par exemple, que l'immeuble acheté dont il effectue la reprise est séparé de l'ancien local par une distance excluant l'idée d'agrandissement [1], et qu'il n'y a pas non plus fondation d'une succursale, la nature et l'importance de son commerce n'en comportant pas l'établissement.

Il pourra ainsi démontrer qu'il abandonne ses anciens locaux et qu'il leur substitue un nouvel immeuble, même si celui-ci est plus important. Pour établir l'abandon de son ancien local, il citera les démarches faites par lui pour rechercher un locataire nouveau à l'immeuble qu'il quitte [2]; plus souvent la menace d'expulsion ou la nécessité de se réinstaller [3] : le bail du local où il exerçait son fonds de commerce allant prendre fin, il a dû acquérir un immeuble pour y transporter son fonds; encore faut-il que ce motif de reprise soit réel et qu'il ne coexiste avec lui aucun mobile frauduleux.

La théorie jurisprudentielle de l'agrandissement ne pouvant s'appliquer, le propriétaire ne doit pas l'indemnité d'éviction aux termes des alinéas 2 et 3 de

---

(1) Req., 2 Avril 1930, D. H. 1930, 265 ; G. P. 1930, 1, 893.

(2) Paris, 4 Mai 1931, D. H. 1931, 370 ; G. P. 1931, 2, 204.

(3) Trib. Civil des Bouches-du-Rhône, section d'Aix, 30 Novembre 1926, D. H. 1927, 61.
Req., 31 Mai 1929, D. H. 1929, 329.
Paris, 4 Novembre 1929, D. H. 1930, 10.
Req., 3 Juin 1930, D. H. 1930, 377 ; G. P. 1930, 2, 153.
Req., 4 Janvier 1932, G. P. 1932, 1, 538.

l'article 5. Toutefois, le locataire conserve la possibilité d'établir, suivant l'alinéa 4, la fraude de son bailleur, et même de faire roconnaître, à ses frais, le principe d'une indemnité éventuelle pour le cas où le propriétaire ne tiendrait pas ses engagements, ne transportant pas, par exemple, dans l'immeuble acquis la totalité de son exploitation commerciale.

Preuve contraire : Non identité de Commerce

69. Le propriétaire pourra encore détruire la présomption légale de l'alinéa 3 en apportant la preuve que le commerce exercé précédemment par lui est tout différent de celui qu'il se propose d'exploiter dans l'immeuble repris [1]. La doctrine et la jurisprudence admettent, en effet, que si le propriétaire reprend son immeuble pour y exploiter un fonds de commerce nouveau, complètement différent de celui antérieurement exploité, il ne doit pas l'indemnité d'éviction. (L'article 5 implique, en effet, par ses termes mêmes, que le commerce exercé dans les lieux repris soit le même que celui exploité précédemment); au cas de diversité de commerces, l'acquisition n'a pu être faite en vue d'agrandir les anciens locaux ou de fonder une succursale. Mais, puisque l'intention d'agrandissement est présumée, si l'acquisition date de moins de cinq ans, c'est au propriétaire qu'il appartient de prouver qu'il avait pour but la création d'un fonds de commerce nouveau.

(1) Martin et Maus, *Op cit.*, n° 475.
Req., 4 Mars 1930, D. H. 1930, 210 ; S. 1930, 1, 272.
Req., 7 Juil. 1930, S. 1931, 1, 13 ; G. P. 1930, 2, 411
Civ., 5 Mai 1931, D. H. 1931, 364, S. 1931, 1, 254 ; G. P. 1931, 2, 118.

Quand y aura-t-il diversité entre les commerces exploités, par le propriétaire dans l'immeuble antérieurement occupé, et dans l'immeuble qu'il se propose de reprendre? C'est là une question de fait qui sera tranchée souverainement par les Tribunaux et Cours d'Appel. Dans la pratique, il peut se faire que le commerce nouveau ait certains liens de connexité avec l'ancien, et qu'il ne soit pas incompatible avec lui; alors l'article 5 alinéa 2 peut se trouver applicable, et il peut y avoir agrandissement donnant lieu à obligation d'indemnité pour le propriétaire. Le locataire tentera donc d'établir un lien suffisamment étroit entre les deux commerces exercés pour bénéficier de la présomption légale.

Preuve contraire (Suite)

70. Le problème peut du reste se présenter avec plus de complexité dans la pratique : le propriétaire prétend, par exemple, que son intention est d'occuper bourgeoisement l'immeuble repris, et que, par conséquent, il établit la preuve contraire le dispensant de l'indemnité [1]. Mais son locataire lui répond que, dissimulée sous l'aspect d'une reprise pour habitation bourgeoise, l'opération n'en a pas moins pour but un véritable agrandissement des locaux commerciaux et que par conséquent l'indemnité d'éviction lui est due [2].

Les circonstances sont en réalité infiniment variées et les tribunaux apprécieront souverainement en fait, s'il y a lieu ou non, à l'application de l'article 5 alinéa 2. De toute façon, la preuve contraire, pour

(1) Req., 10 Décembre 1929, D. H. 1930, 1, ; S. 1930, 1, 103.
(2) Trib. Civ. de la Seine, 15 Octobre 1927, D. H. 1928, 60. Paris, 6 Janvier 1930, D. H. 1930, 153.

qu'elle fasse tomber la présomption de l'alinéa 3 de l'article 5, doit être plus qu'une simple affirmation du propriétaire; celui-ci doit prouver le but véritable de sa reprise, corroborant sa déclaration par les faits et circonstances qui ont accompagné et déterminé l'achat. Il n'en est du reste pas ainsi seulement si la reprise a lieu en vue d'une destination commerciale [1]; il en est de même si l'immeuble est destiné à une habitation bourgeoise [2]. On ne fait crédit aux déclarations du propriétaire que si elles présentent un caractère sérieux et sont plus que de simples dires ou allégations incontrôlables. Le locataire a la possibilité de demander la fixation à titre éventuel de l'indemnité [3]. Un expert peut être désigné par le Tribunal avec charge de lui fournir les éléments d'appréciations sur les circonstances de fait qui peuvent justifier la reprise [4].

Toutefois certaines décisions sont allées plus loin et sont très favorables au propriétaire : il a été admis que celui-ci pourrait prendre l'engagement devant le Tribunal de transporter son fonds de commerce dans l'immeuble acquis et d'abandonner son ancien local; le jugement pourrait lui en donner acte [5].

---

(1) Req., 31 Mai 1929, D. H. 1929, 329 ; G. P. 1929, 2, 153.
Req., 4 Mars 1930, D. H. 1930, 210 ; S. 1930, 1, 272.
Req. 3 Juin 1930, D. H. 1930, 377 ; G. P. 1930, 2, 153.

(2) Req., 10 Décembre 1929, Références à la note 1.
Paris, 7 Novembre 1930, S. 1931, 2, 24 ; G. P. 1931, 1, 60.
Et sur pourvoi Req., 18 Janvier 1932, D. P. 1932, 1, 81 (Rapport de M. le Conseiller Pilon) ; G. P. 1932, 1, 521.

(3) Paris, 17 Décembre 1928, S. 1920, 2, 94.
Req., 22 Juillet 1930, G. P. 1930, 2, 412.

(4) Trib. Civ. de Poitiers, 29 Novembre 1926, S. 1927, 2, 40.

(5) Req., 20 Novembre 1929, S. 1930, 1, 95 ; G. P. 1929, 2, 923.

Le texte admis dans la proposition modificative de la loi du 30 Juin 1926 est identique, mot pour mot, à celui que nous venons d'étudier [1].

(Voir le texte actuel, supra n° 74).

§ 2

Acquisition datant de plus de cinq ans

Absence de Présomption légale
Preuve a la charge du locataire

71. Si l'acquisiion a eu lieu plus de cinq ans avant l'expiration du bail ou la fin de sa prorogation, le locataire peut prouver que les conditions d'existence de la fraude caractérisée existent bien, et obtenir ainsi le paiement d'une indemnité d'éviction.

Le texte le permet, et la jurisprudence l'admet [2]; l'alinéa 3 a seulement pour objet de renverser le fardeau de la preuve suivant la date d'acquisition; si celle-ci date de plus de cinq ans, le locataire ne profite pas de la présomption légale, mais il peut essayer de faire la preuve de l'intention du propriétaire et obliger ainsi celui-ci au paiement de l'indemnité.

---

(1) Ch. des Dép., 1re Séance du 8 Fév. 1932, J. O. 9 Fév. 1932; Déb. Parl., 480, 3me col.; — Sénat, 21 Juin 1932, J. O. du 22 Juin 1932, Déb. Parl., 920, 2me colonne.

(2) Trib. Civ. de l'Hérault, Sect. de Montpellier, 17 Mai 1927; D. H. 1927, 441.
Seine, 5 Mars 1928, D. H. 1928, 281.
Paris, 1er Juilet 1929, D. H. 1929, 545.
Douai, 18 Fév. 1931, S. 1931, 2, 163; G. P. 1931, 1, 637.
Req., 9 Mars 1931, G. P. 1931, 1, 717.
Rennes, 9 Juin 1931, G. P. 1931, 2, 521. Recueil de Rennes 1931, 541.
Req., 8 Avril 1932, G. P. 1932, 2, 43.

Cependant, certains ont pu affirmer que, lorsque la présomption ne joue pas, la preuve de l'intention du bailleur est impossible; le texte ne mentionne pas explicitement cette possibilité pour le locataire, et les dernières paroles prononcées, lors des travaux parlementaires par le rapporteur, semblent bien l'exclure. « Nous ne pouvons admettre que toutes les acquisi- « tions antérieures à ce délai (de cinq ans) puissent « être contestées. Rechercher ainsi dans le passé à « quel mobile a obéi le propriétaire en acquérant l'im- « meuble serait faire naître les pires difficultés. Les « propriétaires doivent avoir, au moins pour le passé, « une sécurité absolue » [1]. Personne ne contredit ces paroles qui pourtant étaient contraires à l'interprétation générale antérieure dans les deux assemblées, et la loi était votée le jour même.

Doit-on faire état de la dernière opinion émise, ou le texte législatif permet-il de suivre ce qui a été durant les travaux préparatoires, sauf les quelques dernières heures, l'opinion générale et normale?

La question posée aux tribunaux a été résolue toujours dans le même sens; sans s'arrêter à l'opinion toute personnelle du rapporteur, mais recherchant le désir du législateur, ils ont décidé que, le texte le permettant, on devait considérer le locataire comme ayant le droit d'établir l'intention du propriétaire, lorsque la présomption de l'alinéa 3 ne jouait pas. Cette jurisprudence est allée en s'affirmant continuellement et est devenue définitive. La preuve par le locataire de l'intention du propriétaire, entraînant comme conséquence le paiement de l'indemnité d'éviction, est certainement possible au cas d'acquisition datant de

(1) Sénat, 2me séance du 30 Juin 1926, 1256, 1257.

moins de cinq ans. Cette preuve peut être administrée par tous moyens, même par enquêtes et présomptions, et les tribunaux apprécient souverainement, en fait, les éléments de la cause.

Les propriétaires ne doivent pas craindre, autant qu'il peut le sembler, cette jurisprudence, qui, au point de vue juridique, est exacte. La lecture des décisions rapportées montre que les tribunaux sont dans la pratique fort exigeants; non seulement la preuve de l'intention, motif de l'acquisition, est difficile en elle-même à apporter, mais elle est encore rendue plus laborieuse, par suite de la pratique jurisprudentielle exigeant, pour lui donner crédit, des faits concordants et certains.

Dans la proposition de loi en discussion, aucune modification n'apparaît relativement à cette possibilité pour le locataire d'établir la fraude du propriétaire au cas d'acquisition datant de plus de cinq ans [1]. (Voir le texte actuel, supra n° 74).

APPENDICE

a) Conclusion

72. Cette étude de la loi du 30 Juin 1926 en tant qu'obstacle particulier à l'établissement par le propriétaire dans son immeuble d'un fonds de commerce, montre que, en raison de l'interprétation jurisprudentielle qui lui est favorable, le propriétaire n'y trouve

(1) Ch. des Dép., 1re séance du 8 Février 1932, J. O. du 9 Fév. 1932, Déb. Parl., 478.
Sénat, séance du 21 Juin 1932, J. O. du 22 Juin 1932, Déb. Parl., 920.

pas une entrave aussi importante qu'il a été dit parfois.

S'il n'a encore jamais été commerçant, en principe, il ne doit pas l'indemnité d'éviction, sauf fraude de sa part à prouver par le locataire. S'il a déjà exercé un commerce, il peut être tenu plus fréquemment au paiement de l'indemnité; celle-ci est, en effet, due par lui, lorsque, commerçant déjà établi dans un commerce identique, il reprend les lieux loués soit en vue d'agrandir les locaux où il exerce son commerce, soit en vue d'y fonder une succursale, si d'ailleurs l'immeuble a été acquis par lui dans cette intention; et ce but de la reprise est présumé avoir existé lors de l'acquisition, si celle-ci n'a pas une date certaine antérieure aux cinq ans qui ont précédé l'expiration du bail ou de sa prorogation; le propriétaire est d'ailleurs recevable à faire la preuve contraire. Notamment, chaque fois qu'il y aura construction de l'immeuble repris, ou établissement en tant que commerçant postérieur à l'acquisition de l'immeuble, ou transfert de fonds de commerce impliquant abandon de l'ancien local, ou non identité de commerce, l'indemnité d'éviction ne sera pas due. Mais réserve est faite à l'avantage du locataire du droit d'établir la fraude suivant l'alinéa 4 de l'article 5.

Lorsqu'il ne doit pas l'indemnité d'éviction, le propriétaire peut être tenu au paiement de l'indemnité d'enrichissement et de l'indemnité de plus-value, pourvu que les conditions particulières à chacune de ces indemnités soient remplies. Mais le locataire ne peut jamais obtenir le cumul de l'une de ces deux indemnités et de l'indemnité d'éviction.

73. Les tribunaux ont rendu leurs décisions dans un esprit à la fois raisonnable et large.

Raisonnable, car ils ont fait abstraction des considérations purement politiques qui, comme trop souvent, avaient présidé à l'élaboration de la loi, et qui, sous le couvert de l'équité, devaient porter atteinte au droit de propriété.

Large, car ils ont appliqué très volontiers les possibilités qui leur étaient données de développer les notions d'abus du droit et d'enrichissement sans cause.

Ils ont statué avant tout sans préjugés, pensant qu'en réalité les situations dignes d'intérêt pouvaient être aussi fréquentes de chaque côté de la barre, et considérant plus dans le propriétaire la qualité de commerçant que la qualité même de propriétaire. En fait cette jurisprudence a donné des solutions très satisfaisantes à toutes les difficultés sérieuses existant entre propriétaire et locataire relativement au renouvellement des baux commerciaux. Cependant, elle a parfois eu pour résultats des conséquences contraires au désir du législateur; il en est résulté la proposition de loi actuellement à l'étude.

b) Etat actuel du projet de réforme

74. — Le texte de la loi devant modifier la loi du 30 Juin 1926 après avoir été, le 9 Février 1932, voté par la Chambre des Députés, a été profondément modifié par le Sénat et voté par celui-ci le 23 Juin suivant.

Ce texte, remanié par le rapporteur à la Chambre des Députés et élaboré d'accord entre : le Gouvernement en tenant compte des desiderata du Sénat, et la

Commission supérieure du Commerce, est revenu en discussion à la Chambre des Députés le 22 Novembre 1932 [1].

La Chambre des Députés l'a discuté au cours du mois de Novembre, et a voté plusieurs des 66 amendements qui avaient été déposés. Le nouveau texte sur lequel la Chambre s'est mise d'accord a été voté le 9 Décembre 1932 [2], et est revenu devant le Sénat.

Etant données les divergences de vue sur plusieurs points entre les deux Assemblées, il est fort possible que la loi de réforme se fasse encore attendre longtemps. Cependant lors du vote final, M. le Garde des Sceaux a manifesté en ces termes son intention d'aboutir rapidement : « Comment la discussion s'engagera-« t-elle et dans quel esprit se poursuivra-t-elle devant « le Sénat?

« Je ne puis préjuger ce que sera l'attitude de l'autre « Assemblée, mais dans la mesure où il me sera pos-« sible d'intervenir dans les débats, j'apporterai l'es-« prit de conciliation dont je me suis constamment « inspiré au milieu de vous, dans l'espoir d'aboutir « dans les délais nécessaires au vote d'une loi, qui est « une loi d'équité, et qui est impatiemment attendue « par le monde du commerce. »

Nous observons ici que toute la première partie de ce travail était imprimée lors du vote par la Chambre des Députés le 9 Décembre 1932 de l'ensemble du projet de loi; nous n'avons pas cru devoir modifier nos passages du texte relatifs à ce projet en cours de

---

(1) Débats Parlementaires : J. O. du 22 Nov. 32, p. 3147 et suiv.

(2) Débats Parlementaires : J. O. du 10 Déc. 32, p. 3480 et suiv.

discussion, car des modifications à venir étant certaines, ces rectifications présentent peu d'intérêt.

Il nous a paru suffisant de renvoyer au présent n° 74, et de reproduire ici littéralement, en ce qui concerne notre sujet, le texte actuel revenu au Sénat, et y distribué le 27 Décembre 1932 sous le n° 830.

PROPOSITION DE LOI

Article Premier

Les articles premier, 2, 3, 4, 5, 6, 8, 9, 11, 13, 17 et 18 de la loi du 30 juin 1926, complétée par la loi du 22 avril 1927, sont modifiés ainsi qu'il suit :

« Article premier. — Le renouvellement des baux à loyer des locaux et immeubles où s'exploite, depuis au moins deux années au moment de l'expiration de ces baux, un fonds de commerce ou d'industrie, est régi par les règles ci-après, qui s'appliqueront également aux locaux accessoires dépendant dudit fonds, à condition qu'ils soient nécessaires à son exploitation industrielle ou commerciale.

« Toutefois, en sont exceptés les locaux où sont établis des centres de ramassage des produits agricoles, même si les produits y subissent un commencement de transformation.

« Un droit de priorité au renouvellement du bail est reconnu au locataire occupant. »

« ART. 4 (*1er alinéa*). — Si le propriétaire ou le bailleur refuse de renouveler le bail, ou s'il refuse le renouvellement aux conditions déterminées en application des articles précédents, et si les motifs allégués par lui ne sont pas jugés graves et légitimes à l'encontre du locataire sortant, celui-ci aura droit à une indemnité égale au préjudice causé par le défaut de renouvellement.

« Le juge devra, pour la fixation de l'indemnité, tenir compte de tous les éléments de perte que le locataire aura à subir et de gain dont il sera privé en suite de l'éviction, notamment, de l'ancienneté de l'occupation, des modifications et du trouble apportés à la clientèle et à l'achalandage, de l'importance du fonds, de tous les bénéfices commerciaux qui doivent, sans exception, entrer en ligne de compte, des frais de déménagement et de réaménagement, de l'augmentation de loyer dans la mesure où cette augmentation représente une perte pour le locataire, de la différence d'emplacement, des installations devenues inutilisables, d la difficulté de réinstallation, de toute somme payée par le locataire comme condition de la cession de bail. »

« (*2e alinéa*). — L'assignation devra être signifiée dans le mois de la notification du procès-verbal de non-conciliation ou de la notification, intervenue postérieurement, du refus de renouvellement aux conditions déterminées en application des articles 2 et 3 de la loi susvisée, opposé par le propriétaire. La notification sera faite par ministère d'huissier et devra mentionner expressément le délai d'un mois à peine de nullité. L'assignation sera donnée devant le tribunal civil

dont le jugement pourra être frappé d'appel dans le mois de la signification. »

. . . . . .

« (*4e alinéa*). — Le propriétaire qui aura succombé pourra néanmoins, dans la quinzaine de la signification de la décision définitive, se soustraire au payement de l'indemnité, à charge par lui de supporter les frais de l'instance et de consentir au renouvellement du bail dont les conditions, en cas de désaccord, seront fixées conformément aux règles de l'article 3. Ce droit ne pourra être exercé qu'autant que le locataire sera encore dans les lieux et n'aura pas déjà loué ou acheté un autre local. »

. . . . . .

« ART. 5. — Le propriétaire aura le droit de refuser tout renouvellement du bail lorsqu'il reprendra les locaux loués, soit pour les occuper lui-même, soit pour les faire occuper par ses descendants ou leurs conjoints. Si la reprise a été effectuée en vue d'une affectation commerciale ou industrielle, seuls le propriétaire et son conjoint en pourront bénéficier.

« Le droit de reprise ne pourra être exercé par une société civile ou commerciale que pour les locaux de l'immeuble où est établi le siège social ou pour ceux de l'immeuble où elle entend transférer le siège social et à charge par elle de verser au préalable au locataire évincé l'indemnité prévue à l'article 4.

« Dans tous les cas, l'occupation devra être rigoureusement effective, personnelle, et ne pourra être éludée sous aucune forme, notamment sous forme de gérance.

« Elle devra être d'une durée de cinq ans au moins, sauf en cas d'impossibilité reconnue.

« Si le local ou l'immeuble a été acquis par un commerçant ou un industriel déjà établi et que l'exercice du droit de reprise provoque un agrandissement de son commerce ou de ses locaux, qu'il s'agisse d'un agrandissement dans l'immeuble même où il exerce son commerce actuel ou dans tout autre immeuble, le locataire sortant aura droit à l'indemnité prévue à l'article 4 même en cas de reconstruction de l'immeuble.

« L'acquisition visée au précédent alinéa sera même présumée faite dans ce but, sauf preuve contraire, si elle n'a pas date certaine avant les cinq ans qui précèdent l'expiration du bail ou la fin de la prorogation.

« Le propriétaire qui veut exercer le droit de reprise, conformément aux dispositions ci-dessus, devra donner préavis, et ce, par acte extra-judiciaire, au locataire occupant, dans le délai de deux mois à partir de la demande en renouvellement qui devra, à peine de nullité, mentionner la forme et le délai dans lequel ce préavis doit être donné. Ce délai est de rigueur.

« Le propriétaire aura également le droit de refuser le renouvellement du bail lorsqu'il reprendra les lieux pour reconstruire l'immeuble, mais à charge :

« 1° De donner au locataire, par acte extra-judiciaire, un préavis d'une année;

« 2° De commencer les travaux dans les six mois qui suivent le départ du dernier locataire évincé, les locaux, une fois évacués, ne devant pas être reloués jusqu'à la démolition et le nouvel immeuble devant être reconstruit dans un délai de dix-huit mois;

« 3° En outre, le locataire sortant aura un droit de priorité, s'il existe dans l'immeuble reconstruit des locaux d'une superficie et d'une destination équiva-

lentes à ceux dont il aura été évincé. Il devra, par lettre recommandée, faire connaître son intention avant de quitter les lieux et la confirmer dans le délai d'un mois au plus tard après le début de la construction.

« En cas de désaccord sur le prix du loyer, celui-ci sera fixé dans les conditions prévues à l'article 3, alinéa 12.

« Dans le cas où le propriétaire refusera de consentir un nouveau bail dans les termes de l'alinéa précédent, il devra au locataire l'indemnité prévue à l'article 4 de la loi.

« Si le propriétaire établit que l'immeuble menace ruine ou est en état d'insalubrité reconnue, la seule condition sera de donner au locataire un préavis de six mois.

« Au cas où il viendrait à être établi à la charge du propriétaire qu'il n'a exercé la reprise du local que dans le but de faire fraude aux droits du locataire, notamment par des opérations de location ou de revente, que ces opérations aient un caractère civil ou commercial, le locataire aura droit à l'indemnité d'éviction.

« Sauf en cas de convention ayant date certaine avant le 1er juillet 1930, le droit de reprise ne pourra pas être exercé jusqu'au 1er janvier 1935 contre les locataires ou sous-locataires titulaires de la carte du combattant et pensionnés de guerre, ou seulement titulaires de la carte du combattant, ou veuves de guerre non remariées, ou veuves non remariées de combattants décédés avant l'institution de la carte du combattant et remplissant les conditions requises pour l'obtenir, ou enfants d'anciens combattants

décédés, à moins que celui au bénéfice duquel le droit de reprise est exercé ne rentre lui-même dans une de ces cinq catégories. Est autorisée, en ce cas, la location des locaux que le propriétaire aura déjà fait évacuer en vue de la reconstruction de l'immeuble.

« En cas de désaccord entre les parties sur le montant de l'indemnité d'occupation due par les locataires ainsi maintenus, celle-ci sera fixée par le magistrat conciliateur.

« Le payement en sera garanti par les mêmes voies et privilèges que le loyer. »

« ART. 6. — Lorsqu'il est à la fois propriétaire de l'immeuble loué et du fonds de commerce qui y est exploité et que le bail porte en même temps sur les deux, le bailleur, en cas de non-renouvellement du bail, pourra continuer l'exploitation commerciale ou industrielle, mais il devra une indemnité au locataire à concurrence du profit qu'il aura retiré de la plus-value apportée par son fait, soit au fonds, soit à la valeur locative de l'immeuble. »

« ART. 8. — Sous réserve du cas de cession du fonds de commerce au propriétaire qui a exercé le droit de reprise, celui-ci ne pourra, pendant le délai de cinq ans, soit par lui-même, soit pour le nouvel occupant qu'il se sera substitué et dont il sera responsable, exercer, dans les locaux repris, un commerce ou une industrie similaires, sous peine de dommages-intérêts.

« Cette action se cumulera, s'il y a lieu, avec celle de l'article 4.

« Le propriétaire ou le principal locataire qui, en même temps qu'il est le bailleur des locaux qui font l'objet de la demande de renouvellement est aussi le

vendeur du fonds de commerce qui y est exploité et qui en a reçu le prix intégral, ne peut, qu'il se propose d'y exercer un commerce similaire ou non, exercer le droit de reprise qu'à charge d'une indemnité d'éviction. »

« ART. 11. — Les dispositions ci-dessus s'appliquent aux baux de terrains nus sur lesquels ont été édifiées, soit avant, soit après le bail, des constructions à usage industriel ou commercial, du moment que ces constructions ont été élevées ou exploitées à la connaissance et du consentement du propriétaire. Elles ne sont pas applicables aux baux emphytéotiques. Toutefois, les baux consentis par l'emphytéote bénéficient des dispositions ci-dessus sans que, cependant, la durée du renouvellement puisse dépasser la durée du bail emphytéotique. »

Art. 2

Les lois des 30 juin 1926 et 22 avril 1927 sont complétées ainsi qu'il suit :

« ART. 21. — Le sous-locataire est recevable à demander le renouvellement de son bail au locataire principal dans la mesure des droits que celui-ci tient lui-même du propriétaire. Cette demande devra être débattue en présence du locataire principal et du propriétaire.

« A l'expiration du bail principal, le propriétaire n'est tenu au renouvellement que s'il a, directement ou indirectement, autorisé ou agréé la sous-location et si, matériellement ou dans la commune intention des parties, les lieux faisant l'objet du bail principal ne forment pas un tout indivisible. »

« Art. 22. — Le locataire ne se trouvant pas dans l'un des cas formellement exclus par la loi du droit à l'indemnité prévue à l'article 4 ne peut être obligé de quitter les lieux avant de l'avoir reçue, à moins que le propriétaire ne lui verse une indemnité provisionnelle à fixer par le juge conciliateur.

« Cette indemnité sera imputée sur le montant de celle qui sera définitivement fixée, soit à l'amiable, soit en justice, si celle-ci lui est supérieure.

« Dans le cas contraire, le locataire sera tenu envers le propriétaire au remboursement de la différence.. »

Art. 3

Sont abrogés les articles 12, 14, 15, 16, 18 *bis* et 20 de la loi du 30 juin 1926, complétée par la loi du 22 avril 1927.

DEUXIEME PARTIE

Conséquences du cumul dans les mêmes mains des Propriétés : de l'Immeuble et du Fonds de Commerce qui y est exploité

Conséquences du cumul dans les mêmes mains des Propriétés : de l'Immeuble et du Fonds de Commerce qui y est exploité

75. La personne qui réunit les qualités de propriétaire d'un immeuble et de propriétaire du fonds de commerce qui y est exploité semble avoir atteint, tant au point de vue économique que juridique, la plénitude de droits et de possibilités relativement à ses biens.

Cependant les propriétés, ainsi convergentes dans leur utilisation, portent l'une sur un immeuble, et l'autre sur un meuble de nature spéciale; et dès lors apparaît, riche en conséquences, une distinction nécessaire entre les biens du patrimoine du commerçant propriétaire.

Une législation particulière, tentant d'unir conformément aux intérêts économiques du commerçant propriétaire la vieille propriété immobilière et la propriété de l'entité juridique mobilière qu'est le fonds de commerce, eut été particulièrement opportune. Malheureusement, nous ne trouvons aucun texte qui précise le sort, soit du droit à l'occupation de l'immeuble, soit du matériel ayant pris la qualité d'im-

meuble par destination; le législateur n'indique pas si l'immeuble est, ou non, démembré de certains droits réels accessoires; et il ne détermine pas non plus si le fonds de commerce est, ou non, privé de certains éléments. La loi du 17 Mars 1909, en particulier, est muette sur ces difficultés.

En l'absence d'une solution législative, deux propriétés de nature juridique différente vont-elles donc co-exister sans le moindre rapport, l'une soumise aux lois traditionnelles du Code civil, l'autre profitant d'une législation particulière, plus souple et plus accommodée à la vie des affaires?

Telle n'est pas non plus la solution; les rédacteurs du Code Civil n'ont pas ignoré les inconvénients que présentait l'isolement de biens ou d'engagements qui, en fait, se révélaient dans un lien étroit de dépendance. Ils n'avaient point pour rôle et, du reste, ils n'auraient pu y songer, d'envisager spécialement notre problème; mais, au cours de leurs travaux, ils ont eu l'occasion de faire application d'un principe directeur qui, dans une mesure qu'il importera de déterminer, peut sembler propre à régler nos difficultés.

RAPPEL DE LA THEORIE DE L'ACCESSOIRE

76. Les auteurs romains avaient déjà énoncé que lorsque se produit une union de deux choses, telle que l'une disparaît dans l'autre, la plus importante est censée absorber l'accessoire et doit seule être considérée.

La règle : « Accessorium sequitur naturam principalis » a trouvé application dans le droit civil; elle est le fondement de l'accession, mode d'acquisition

de la propriété par l'effet de la loi (article 546 et suivants du Code civil) [1]; elle est à la base de la théorie de l'immobilisation par destination : lorsqu'un bien de nature immobilière comporte certains accessoires qui paraissent nécessaires à son usage, sa nature juridique immobilière s'étend à ces accessoires indispensables. (Article 524 et suivants du Code civil) [2].

De même l'article 632 du Code de commerce a servi de base à une jurisprudence très large, mais aujourd'hui définitive; certains actes juridiques de nature civile deviennent actes de commerce s'ils sont accomplis par des commerçants à l'occasion ou dans l'exercice de leur profession (Théorie de l'accessoire commercial) [3]. Et, à l'inverse, certains actes de commerce perdent leur caractère de commercialité et deviennent

---

(1) COLIN et CAPITANT. *Cours élémentaire de Droit Civil Français*, 7me édition, Tome I, p. 887 et suivantes.
JOSSERAND. *Cours de Droit Civil Positif Français*, Tome 1, n° 1650 et suivants, p. 823 et suiv.
PLANIOL et RIPERT. *Traité Pratique de Droit Civil Français*, Tome III, par M. R. Picard, p. 250 et suiv.

(2) COLIN et CAPTANT, Tome I,, p. 701 et suiv.
JOSSERAND, Tome I, n° 1350 et suivants, p. 676 et suiv.
PLANIOL et RIPERT, Tome III, p. 76 et suiv., par M. R. Picard.

(3) Par une théorie simple et opportune, la jurisprudence admet que tout engagement qui se rattache à l'exercice d'une profession commerciale doit être réputé acte de commerce. Les applications en sont nombreuses ; l'action en répétition de l'indû contre un transporteur pour fausse application des tarifs est valablement portée devant un tribunal de commerce ; cette même juridiction pourra également connaître, par exemple, de l'accident occasionné par le camion d'une entreprise commerciale. (Civil 25 Fév. 1924, D. P. 1925, 1-188. Trib. de com. de Saint-Etienne, 15 mars 1929, D. H. 1930, Sommaire II).
Il a même été admis que la surenchère portée par une société commerciale en vue de l'acquisition d'un immeuble où s'exerce une industrie analogue à la sienne constitue

de nature civile s'ils rentrent dans le cadre de la profession, de nature civile, de la personne qui les accomplit. (Théorie de l'accessoire civil) [1].

PLAN

77. Il est nécessaire d'examiner dans quelle mesure cette théorie de l'accessoire résoud les problèmes que pose le lien de dépendance étroit qui, en fait, existe entre immeuble et fonds de commerce appartenant au même propriétaire; et, dans un chapitre premier, nous chercherons à déterminer si une nature unique, mobi-

---

un acte de commerce (Aix, 24 Janv. 1928, D. P. 1928, 2, 73.) Note de M. César Bru. Voir aussi : Req. 29 Janv. 1883, D. P. 1883, 1, 314, qui porte : « Lors même qu'une obli« gation n'a pas par sa nature propre un caractère com« mercial, il suffit qu'elle se rattache à un commerce et « en soit l'accessoire pour qu'elle affecte le caractère com« mercial. »

Voir de même : Req. 21 Mars 1892, D. P. 1892, 1, 228 ; Civ. 19 Oct. 1924, D. P. 1926, 1, 138.

Lacour et Bouteron. *Précis de droit commercial*, 3me édition, Tome I, n° 64 et suivants, p. 57 et suiv.

Thaller et Percerou, *Traité élémentaire de Droit Commercial*, 8me édition, n° 59 et suivants, p. 54.

Lyon-Caen et Renault, *Manuel de Droit Commercial*, 15me édition, n° 38, p. 55.

Note Labbé : S. 1879, 1, 289, sous Req. 28 Janvier 1878.

Thèse de M. Emile Blais, Poitiers 1924 : « *De l'influence de la profession sur le caractère civil ou commercial des actes juridiques* ». Notamment p. 19 à 52.

(1) Des actes de commerce par nature accomplis à l'occasion d'une profession civile deviennent des actes civils et en particulier échappent à la compétence des tribunaux de commerce. Un chirurgien-dentiste, par exemple, n'est pas un commerçant, et l'achat pour la revente à ses clients de dentiers n'est pas un acte de commerce tant qu'il est accompli dans le cadre normal de la profession.

Agen, 23 Décemb. 1921, S. 1922, 2, 41, note de M. Henri Rousseau.

Thèse de M. Emile Blais, déjà citée, notamment p. 55 à 87.

lière ou immobilière, peut ou doit être attribuée aux droits du propriétaire sur l'immeuble et sur le fonds de commerce.

L'examen de ce problème fondamental nous fera aboutir à diverses conclusions dont les conséquences devront être envisagées. Certains éléments du fonds de commerce ne vont-ils pas disparaître au profit de l'immeuble? Lorsque le commerçant est propriétaire de l'immeuble qui abrite son fonds, il n'existe pas de « droit au bail » au sens strict de cette expression; mais le fonds de commerce ne comprend-t-il pas alors un « droit à l'occupation de l'immeuble »? La théorie civiliste de l'immobilisation par destination ne retranche-t-elle pas, en quelque sorte, du fonds de commerce le matériel pour le joindre à l'immeuble — et quelle sera alors la portée d'un nantissement consenti par le commerçant sur le fonds? Suivant quelles règles seront réalisés les biens formant l'ensemble de l'entreprise? Divers problèmes apparaîtront concernant le droit à l'occupation de l'immeuble, le matériel devenu immeuble par destination, la réalisation des biens du commerçant propriétaire; nous les examinerons successivement en quatre chapitres distincts.

Chapitre Premier. — *Nature des droits du commerçant propriétaire sur l'immeuble et sur le fonds de commerce.*

Chapitre II. — *Du droit à l'occupation de l'immeuble.*

Chapitre III. — *Du nantissement du matériel immeuble par destination.*

Chapitre IV. — *De la réalisation des biens du commerçant propriétaire.*

CHAPITRE PREMIER

Nature des Droits du Commerçant propriétaire sur l'Immeuble et sur le Fonds de Commerce

78. Le commerçant propriétaire est titulaire d'un droit de propriété immobilière et d'un droit de propriété de nature mobilière. Il est aisé de constater que, dans la réalité, l'une de ces propriétés est généralement plus importante au point de vue économique que l'autre, et la tendance naît vite de considérer également au point de vue juridique l'une de ces propriétés comme accessoire de l'autre.

Ainsi, étant donné les circonstances de fait qui sont le plus souvent le propre de la situation que nous examinons, on est amené à proposer le rattachement des droits envisagés exclusivement à la catégorie des meubles ou à celle des immeubles. La théorie de l'accessoire peut-elle les faire considérer comme un droit unique de nature mobilière, l'immeuble étant envisagé comme un élément du fonds de commerce? Ou bien prennent-ils la qualité de droit immobilier, lorsque l'immeuble l'emporte en importance; la théorie de

l'immobilisation par destination donne-t-elle au fonds de commerce tout entier la qualité d'immeuble, ou les articles 524 et suivants du Code civil reçoivent-ils application seulement pour les éléments corporels de ce fonds?

Discussion qui semble peut-être uniquement théorique, mais dont les intérêts pratiques sont cependant certains, car de la réduction à une seule qualité des droits du propriétaire commerçant, découlerait une unité de règles applicables dans toutes les situations juridiques; notamment les sûretés consenties sur l'ensemble de l'exploitation seraient toutes de même ordre et une seule procédure de réalisation aurait lieu. C'est donc un but de simplification que permettrait d'atteindre la théorie de l'accessoire.

Nous examinerons successivement deux possibilités, suivant que la qualité mobilière ou immobilière paraît susceptible d'être attribuée à l'ensemble de l'entreprise. Puis, après avoir envisagé le rôle de la volonté du propriétaire dans la détermination de la nature juridique de ses biens, nous conclurons à la nature double de ses droits.

1^er^ Système. — *Nature mobilière des droits du commerçant propriétaire.*

2^me^ Système. — *Nature immobilière des droits du commerçant propriétaire.*

3^me^ Système. — *Nature double, mobilière et immobilière, des droits du commerçant propriétaire.*

1er SYSTEME

NATURE MOBILIERE DES DROITS DU COMMERÇANT PROPRIETAIRE

L'Immeuble est un élément du fonds de commerce

Thèse Positive :

79. Faire application du principe d'après lequel l'accessoire suit le principal impose de rechercher quel est l'élément prépondérant. Certains ont remarqué que dans diverses professions (Hôtels, établissement de bains, entreprise industrielle), la valeur du fonds de commerce est de beaucoup supérieure à celle de l'immeuble qui abrite celui-ci. L'immeuble est alors un accessoire indispensable de l'entreprise commerciale avec laquelle il est en corrélation étroite et directe.

On a soutenu que l'immeuble était alors un élément du fonds de commerce, et prenait, en conséquence, la nature mobilière. La notion usuelle de fonds de commerce, dit-on, permet d'y faire rentrer les bâtiments qui ont été spécialement construits et aménagés pour son exploitation, par l'industriel qui en est en même temps le propriétaire; ceux-ci possèdent, en effet, le caractère d'instruments nécessaires à l'exploitation. Il n'est pas possible de séparer les divers éléments dont un fonds de commerce se compose; celui-ci constitue une universalité juridique; tous les éléments qui le composent sont absorbés en lui, perdent leur caractère individuel propre, et, quels qu'ils soient, ne doivent plus être considérés que dans leurs rapports

avec cette entité. Cette universalité juridique peut comprendre, au même titre que la clientèle ou le matériel, la propriété de l'immeuble lorsqu'il s'agit de locaux indispensables à la bonne marche de l'entreprise. Tous les éléments d'un fonds de commerce, qu'ils soient, pris individuellement, de nature mobilière ou immobilière, rentrent dans l'universalité juridique. Du reste, deux arrêts de Cour d'Appel ont admis cette façon de voir [1].

Thèse Négative :

Mais ces décisions sont contraires aux termes précis de l'article 2072 du Code civil et à la distinction fondamentale entre meubles et immeubles. En principe, il ne peut y avoir de « meubles par destination » [2]; les termes de la loi du 17 Mars 1909 ne permettent nullement de comprendre dans un fonds de commerce

---

(1) Montpellier, 23 Novembre 1897, sous Civ. 15 Mai 1899, D. P. 1899, 1, 353 ; Pau, 6 Novembre 1911, D. P. 1912, 2, 375 ; S. 1913, 2, 193. Note de M. Wahl.

Le 1er arrêt est formel : « Attendu que des immeubles « peuvent être considérés comme des meubles par la « volonté des parties lorsqu'ils se confondent comme « accessoires dans une universalité mobilière ; qu'il en « en est ainsi notamment des immeubles compris dans un « fonds de commerce ». Dans le sens de ces arrêts, voir : Bouvier-Bangillon : « *Vente et Nantissement de fonds de commerce* », nos 10 et 11.

Note de M. Valéry : D. P. 1903, 2, 250, 2me colonne, sous Lyon : 17 Fév. 1900. Cendrier, « *Le fonds de commerce* », 5me édition, par MM. Robert Martin et René Maus, no 94, p. 68.

Thèse de M. Julien Robin, Paris 1929, « *Des droits des Créanciers inscrits sur le fonds de commerce* », p. 56 à 58.

(2) Rapport de M. le Conseiller Pilon, D. P. 1931, 1, 126, sous req. 25 Juin 1930. Consultation de M. Capitant, citée au rapport de M. le Conseiller Poulle, D. P. 1925, 1, 169, sous Req. 1re Avril 1925.

l'immeuble dans lequel celui-ci est exploité, y eut-il un lien de dépendance très étroit entre eux.

En outre, la théorie du fonds de commerce universalité de droit, est excessive; en particulier, il n'en a jamais été déduit qu'il y aurait là un patrimoine composé d'éléments actifs et d'éléments passifs propres, et distinct du patrimoine général du commerçant, tel que le fonds de commerce puisse être le gage exclusif de créanciers commerciaux, ou tel que, le jour de la réalisation, les créances commerciales d'une part, et les dettes commerciales d'autre part, puissent être transmises ensemble. En réalité, le fonds de commerce est une simple universalité de fait, composée d'éléments divers, réunis seulement en vue d'une destination commune; mais cet ensemble, bien incorporel de nature mobilière, n'a de règle propre que dans une mesure nettement déterminée, en particulier par la loi du 17 Mars 1909 [1].

Jurisprudence de la Cour de Cassation

80. La Cour de Cassation ne s'est pas prononcée sur ces difficultés relatives aux immeubles par nature; cependant, il est facile de prévoir en quel sens elle statuerait : un arrêt de la Chambre des Requêtes du 20 Janvier 1913 [2] n'autorise pas le nantissement sur

---

(1) Thaller et Percerou, n° 85 et suivants, p. 71 et suiv.
Lyon Caen et Renault, n° 432.
Rapport de M. le Conseiller Pilon, D. P. 1931, 1, 126, sous Req. 25 Juin 1930.
M. Chéron, Notaire, D. P. 1932, 2, 22, sous Paris, 10 Nov. 1928
Thèse de M. Robert Gary, Bordeaux 1932, « *Les notions d'universalité de fait et d'universalité de droit* », en particulier : pages 36 et suiv., 68 et suiv.

(2) Sirey 1920, 1, 33.

le matériel immeuble par destination; un autre arrêt de la même Chambre du 25 Juin 1930 aurait pu se prononcer sur le principe d'intégration ou non intégration des immeubles au fonds de commerce; il ne l'a pas fait, se contentant de tirer la solution qu'il contient d'une loi fiscale (Loi du 13 Juillet 1925), mais M. le Conseiller Pilon, dans le rapport préalable à cet arrêt, écrit : « Pour ce qui est des biens compris dans cette universalité juridique, ce sont essentiellement : l'enseigne, le nom commercial, le droit au bail, la clientèle, l'achalandage (Civ. 17 Juin 1918, D. P. 1922-1-128), accessoirement le mobilier (Req. 13 Mars 1888, D. P. 1888-1-351), *jamais les immeubles* (Req. 20 Janv. 1913) » [1].

La conclusion s'impose : la nature des droits du propriétaire de l'immeuble et du fonds de commerce ne peut être entièrement mobilière; bien qu'il soit en fait l'accessoire du fonds, l'immeuble ne peut en prendre la qualité au point de vue juridique.

2me SYSTEME

NATURE IMMOBILIERE DES DROITS DU COMMERÇANT PROPRIETAIRE

Application de la théorie de l'immobilisation par destination

81. Ce système faït application au fonds de commerce de la théorie civiliste de l'immobilisation par destination. Ne voulant pas que certains bien puissent être séparés de l'immeuble auquel ils se rattachent, la

(1) D. P. 1931, 1, 126.

loi considère comme immeubles par destination des objets qui, en réalité, sont de nature mobilière, mais qui ont été mis par leur propriétaire dans un rapport étroit de destination avec un immeuble lui appartenant. Matériellement la nature mobilière de l'objet considéré demeure; il y a seulement une fiction légale en raison de l'étroite dépendance entre le meuble et l'immeuble auquel il est affecté.

N'est-ce pas le cas du fonds de commerce tout entier? Des situations de fait peuvent se présenter où l'immeuble est de première importance; alors, le fonds de commerce étant seulement l'accessoire ne devient-il pas immeuble par destination, lorsqu'il est affecté par le propriétaire à l'usage de l'immeuble? Et quand bien même la valeur du fonds de commerce serait de toute évidence supérieure à la valeur de l'immeuble, on peut avoir recours, semble-t-il, à cette théorie pour parvenir au but de l'unification.

Avant d'envisager ces problèmes, il convient de rappeler brièvement les règles essentielles de la théorie de l'immobilisation. Nous en tirerons ensuite les conséquences.

PARAGRAPHE 1^er^. — *Rappel de la théorie de l'immobilisation par destination.*

PARAGRAPHE 2. — 1^re^ *Conséquence. Non application de la théorie de l'immobilisation par destination au fonds de commerce tout entier.*

PARAGRAPHE 3. — 2^me^ *Conséquence. Application de la théorie de l'immobilisation par destination à certains éléments corporels du fonds de commerce.*

§ 1er

Rappel de la théorie de l'immobilisation par destination

Après avoir énoncé les conditions nécessaires pour qu'un meuble puisse prendre la qualité d'immeuble par destination, nous nous demanderons, à l'inverse, dans quel cas cette immobilisation prend fin.

A) Conditions de l'immobilisation par destination.

B) Fin de l'immobilisation par destination.

A) Conditions de l'immobilisation par destination

82. Deux conditions sont nécessaires pour que la règle des articles 524 et suivants du Code civil reçoive application [1].

1re Condition. — Tout d'abord et bien que les textes ne portent pas expressément mention de cette condition, l'immeuble et le meuble doivent avoir le même propriétaire; c'est seulement dans ce cas que le propriétaire d'un meuble peut le considérer comme dépen-

(1) Sur la théorie de l'immobilisation par destination, consultez : Colin et Capitant, Tome I, p. 701 et suiv. ; — Josserand, Tome I, n° 1350 et suivants, p. 676 et suiv. ; — Planiol et Ripert, Tome III par M. Picard, p. 76 et suiv. Et outre les décisions jurisprudentielles, que nous noterons, les références suivantes : Lyon, 17 Février 1900, D. P. 1903, 2, 249, Note de M. Valéry ; — Chambéry, 19 Janvier 1904, D. P. 1907, 2, 361, Note de M. Poncet ; — Civ., 24 Janvier 1912, D. P. 1913, 1, 337 ; S. 1914, 1, 401 ; — Req. 23 Janvier 1914, D. P. 1914, 1, 80 ; — Besançon, 5 Mars 1931, S. 1931, 2, 125.

dance nécessaire d'un immeuble et avoir l'intention d'établir entre ces biens un rapport durable.

2me *Condition.* — Un rapport de destination doit exister entre meuble et immeuble par nature. Ce rapport peut légalement être établi de deux façons :

a) Aux termes de l'article 524, il suffit que le propriétaire de l'immeuble y ait placé un meuble « pour le service de l'exploitation de ce fonds ». Chaque fois qu'un propriétaire aura créé cette affectation, le meuble prendra, au point de vue juridique, la qualité d'immeuble par destination. Peu importe qu'il y ait, ou non, une attache matérielle entre l'objet et l'immeuble; peu importe que cet objet ne soit pas compris dans l'énumération de l'article 524, car celle-ci n'est pas limitative. Mais cette affectation requise obligatoirement doit être une affectation au service de l'immeuble du propriétaire, et non au service de la personne de celui-ci (voitures particulières), ou du fonds de commerce qui lui appartient [1]; en particulier si le meuble contribuait exclusivement à l'exploitation d'un fonds de commerce, il ne pourrait y avoir immobilisation par destination.

Il est en outre nécessaire que l'objet attaché à l'immeuble soit indispensable à son service ou à son exploitation [2]. Cette condition entraîne au point de vue

---

(1) Le Code Civil porte le mot « fonds » ; ce mot ne vise naturellement pas le fonds de commerce, mais les immeubles par nature : Bâtiments et fonds de terre.

(2) Req., 31 Juillet 1879, D. P. 1880, 1, 273 ; S. 1880, 1, 409, Note de M. Lyon-Caen.
Civ., 9 Décemb. 1885, D. P. 1886, 1, 125 ; S. 1886, 1, 201.
Req., 2 Août 1886, D. P. 1887, 1, 293 ; S. 1886, 1, 417.
Civ., 8 Février 1926, D. H. 1926, 1, 162 ; S. 1926, 1, 153.
Req., 23 Mars 1926, D. P. 1928, 1, 22.
Trib. civ. de Saint-Malo, 17 Juil. 1930 ; S. 1931, 2, 43.

industriel ou commercial qui nous intéresse ici plus particulièrement, la conséquence suivante : si un bâtiment est impropre à un usage autre que celui auquel il est affecté, tous les effets mobiliers nécessaires à son exploitation deviennent immeubles par destination. Mais s'il n'y a pas ainsi appropriation des bâtiments à un usage déterminé, les instruments d'exploitation de l'entreprise pourront, sans inconvénient pour l'immeuble, en être séparés, et il n'y aura pas immobilisation par destination. C'est aux tribunaux qu'il appartiendra d'apprécier souverainement ces questions de fait.

En outre, l'affectation doit être le fait intentionnel du propriétaire. La volonté de celui-ci participe à l'immobilisation par destination, et en est une condition indispensable; mais remarquons qu'il n'y a pas là une condition suffisante : la classification en meubles et imemubles étant l'œuvre de la loi est au-dessus de la volonté du propriétaire ou des parties à un contrat [1].

b) En second lieu, d'après les articles 524 dernier alinéa et 525 du Code civil, le rapport de destination entre meubles et immeubles existe aussi pour « tous « effets mobiliers que le propriétaire a attachés au « fonds, à perpétuelle demeure », ce qui a lieu, lorsque ces objets « sont scellés en plâtre ou à chaux, ou à « ciment, ou lorsqu'ils ne peuvent être détachés sans « être fracturés ou détériorés, ou sans briser ou dété- « riorer la partie du fonds à laquelle ils sont atta- « chés ». Le meuble doit donc être relié à l'immeuble de manière à former avec lui un tout qu'on ne puisse

(1) Voir la note de M. Lyon-Caen, S. 1880, 1, 409, sous Req. 31 Juillet 1879.

dissocier sans inconvénient ou pour l'immeuble ou pour l'objet [1].

B) Fin de l'immobilisation par destination

Conditions nécessaires :

83. Bien que devenu immeuble par destination, l'objet attaché au service d'un immeuble ne perd pas pour autant son individualité. Si l'une des conditions que nous avons notées disparaît, la fiction légale n'a plus de raison d'être : l'immobilisation par destination cesse, et l'objet reprend sa qualité juridique mobilière.

Il en sera ainsi dès que la même personne ne sera plus propriétaire cumulativement du meuble et de l'immeuble; de même, s'il n'y a plus affectation du meuble à l'usage de l'immeuble; mais pour que cette affectation cesse, il ne suffit pas au propriétaire d'en exprimer la volonté : un déplacement matériel des objets, rompant l'affectation au service de l'immeuble, et correspondant effectivement à un changement de destination est en outre nécessaire [2].

---

(1) Req., 19 Octobre 1896, S. 1897, 1, 128.
Nancy, 25 Mars 1905, S. 1905, 2, 279.
Req., 17 Mars 1931, D. H. 1931, 233 ; S. 1931, 1, 191 ; G. P., 1931, 1, 746.

(2) Req. 1er Avril 1835, S. 1836, 1, 55.
Civ. 1er Mai 1906, D. P. 1909, 1, 345 ; S. 1909, 1, 9. Note de M. Naquet.
Req., 6 Juillet 1925, D. H. 1925, 610.
Req. 23 Fév. 1926, D. H. 1926, 179.
Civ. 28 Avril 1926, D. P. 1926, 1, 198 ; S. 1927, 1, 76.
L'arrêt de la Chambre des Requêtes du 23 Février 1926, précité, exprime bien la solution jurisprudentielle du problème, « Attendu qu'il n'a pas suffi pour leur faire perdre « cette qualité d'immeuble par destination que l'acquéreur « ait manifesté l'intention de consacrer les dits objets à « un usage différent de leur ancienne destination ; qu'il

Conséquences :

84. De même qu'une simple déclaration de volonté du propriétaire non corroborée par les faits n'est pas suffisante pour redonner à un immeuble par destination le caractère mobilier, de même une clause de non-immobilisation ne peut avoir d'effet qu'entre les parties contractantes; elle ne saurait être opposable aux tiers tant qu'ils n'auront pas été prévenus.

Un immeuble par destination ne reprendra pas non plus son caractère mobilier, lorsque par deux actes de vente portant la même date, les immeubles par nature (terrains ou bâtiments) et les immeubles par destination (matériel ou outillage) sont cédés à un même acquéreur qui n'opère ni déplacement, ni cessation d'affectation des immeubles par destination. Ce procédé des deux ventes distinctes, relatives l'une aux immeubles par nature, l'autre aux immeubles par destination, est sans efficacité; il en a été ainsi jugé relativement au champ d'application d'une saisie immobilière [1]; et des solutions identiques ont été données fréquemment en matière d'enregistrement, l'Administration percevant le droit de mutation au tarif immobilier, malgré ces deux ventes, sur l'outillage ou le matériel, et les tribunaux lui donnant raison [2].

« aurait fallu que les parties après avoir manifesté dans « l'acte de cession leur volonté de rendre à ces immeu- « bles par destination leur caractère mobilier, les eussent « réellement séparés de l'usine par des actes d'exécution « positifs ».

(1) Req. 6 Juil. 1925, D. H. 1926, 610.

(2) Req. 23 Fév. 1926, 179.
Civ. 28 Avril 1926, D. P. 1926, 1, 198 ; S. 1927, 1, 76.

§ 2

Première conséquence : Non application de la Théorie de l'immobilisation par destination au fonds de commerce tout entier

Thèse de l'application de la Théorie de l'immobilisation par destination au fonds de commerce

85. Le fonds de commerce, bien qu'étant en principe de nature mobilière, ne constitue-t-il pas un droit immobilier chaque fois que, répondant à la formule de l'article 524 du Code civil, il est attaché par le propriétaire d'un immeuble « au service ou à l'exploitation » de celui-ci?

Le caractère de fixité et de durabilité des fonds de commerce, ajouté à cet autre caractéristique qu'est l'importance habituelle de leur valeur, conduit aisément à l'idée d'immobilisation des fonds de commerce. Une certaine tendance législative, facile à relever dans la loi de 1909, est venue à l'appui de cette opinion. L'analogie de l'inscription de nantissement et de l'inscription hypothécaire, certaines particularités du privilège du vendeur de fonds de commerce et de la procédure de saisie des fonds de commerce, ont permis de parler de l'immobilisation juridique partielle des fonds de commerce; et cette idée a été consacrée à nouveau par la loi du 18 Mars 1919 tendant à la création d'un registre de commerce [1].

(1) Thèse de M. Lavalette-Simon, Paris 1913 « *L'immobilisation des fonds de commerce et la loi de 1909* », notamment pages 86 et 91.
Thèse de M. Julien-Robin. Paris 1929. « *Des droits des créanciers inscrits sur le fonds de commerce* ». L'auteur

Il existe aussi un arrêt de la Cour de Cassation [2] dont on pourrait arguer favorablement. Cette décision, relative à l'exercice de l'action résolutoire (article 1654 du Code civil), porte que les tiers sont en matière d'inscription du privilège du vendeur de fonds de commerce, identiques à ceux de l'article 7 de la loi du 23 Mars 1855; les créanciers chirographaires n'ont pas le droit de se prévaloir du défaut d'inscription.

Il est fort compréhensible que, dans le désir d'unifier les règles juridiques, on ait songé, dans ces conditions, à considérer le fonds de commerce sinon comme un immeuble par nature, du moins comme un immeuble par destination. L'hypothèse d'un immeuble construit ou aménagé spécialement en vue d'une exploitation déterminée est fréquente : grands magasins, bazar, établissement de bains, usine appropriée à une exploitation industrielle précise; ce ne sont pas seulement les objets mobiliers qui sont alors indispensables à l'usage de l'immeuble; c'est le fonds de commerce lui-même, entité juridique qui les groupe et les domine. Dans un hôtel exploité par son propriétaire, par exemple, c'est le fonds de commerce lui-même avec tous ses éléments composants, qui, étant étroitement lié à l'immeuble auquel il est affecté, devient immeuble par destination.

---

se posant la question de la nature du fonds de commerce aboutit très rapidement à cette notion que le fonds de commerce est un immeuble (pages 10 et 11), et tous les développements de son travail gravitent autour de cette idée. Peut-être y a-t-il là une solution désirable en législation ; mais étant donné les textes en vigueur, cette conclusion est erronée.

(2) Req. 7 Mai 1923, S. 1924, 1, 103. Cette décision a été critiquée par M. JAUFFRET. « *Les garanties du vendeur impayé d'un fonds de commerce* ». Revue Critique de Législation et de jurisprudence, Année 1928.

Thèse de la non-application

86. Nous n'avons pas relevé d'espèces jurisprudentielles relatives à cette situation; l'Administration de l'enregistrement elle-même, qui étend le tarif immobilier aux objets corporels devenus immeubles par destination, n'a jamais eu la prétention de traiter comme tel le fonds de commerce. Serait-ce donc que si cette thèse était soutenue devant les tribunaux, elle ne recevrait pas leur approbation?

Le texte de l'article 524 du Code civil vise uniquement, de l'avis de tous, sous le mot « objet », des choses corporelles; or le fonds de commerce est un meuble incorporel et le législateur de 1804 n'a jamais pensé à immobiliser un meuble incorporel [1]; une telle hypothèse ne pouvait d'ailleurs se présenter à son esprit puisque le fonds de commerce était alors presque ignoré totalement. Et on ne peut admettre, sans tomber dans le domaine de l'hypothèse pure, que les raisons qui avaient valu la classe des immeubles par destination se seraient appliquées au fonds de commerce meuble incorporel aussi bien qu'aux objets corporels de nature mobilière. Les textes ne permettent pas d'étendre le champ d'application de la théorie de l'immobilisation par destination relativement au fonds de commerce.

---

(1) Toutefois, une loi du 16 Janvier 1808 (articles 7 et 8) permet d'immobiliser les actions de la Banque de France ; il y a là un cas très particulier s'expliquant par des raisons spéciales ; la pratique use du reste peu de cette faculté.

Colin et Capitant, Tome I, n° 671.

Planiol et Ripert, Tome III, par M. Picard, n° 96.

Josserand, Tome I, n° 1364, p. 684.

On adoptera aisément cette solution, si on se souvient des graves difficultés et des injustices fiscales auxquelles a donné naissance cette théorie [1]; du reste, le problème du crédit du propriétaire commerçant serait encore plus complexe; en effet, l'hypothèque consentie sur l'immeuble dans lequel le fonds de commerce est exploité s'étendrait de plein droit sur lui (article 2.118 et 2.133 du Code civil); et se poserait la question de la portée véritable de la loi du 17 Mars 1909.

Un attendu d'un arrêt de la Cour d'Appel d'Alger [2] confirme cette façon de voir, en relevant incidemment que « un meuble incorporel déterminé n'apparaît pas « susceptible de devenir immeuble par destination, « faute de pouvoir réunir les conditions auxquelles la « loi subordonne cette immobilisation. »

§ 3

Seconde conséquence : Application de la Théorie de l'immobilisation par destination à certains éléments corporels du fonds de commerce

Thèse de la non-application

87. Si le fonds de commerce lui-même ne peut devenir immeuble par destination, en raison de son caractère de meuble incorporel, du moins les objets

(1) Sur la critique de l'immobilisation par destination, voir notamment : Planiol et Ripert, Tome III, par M. Picard, n° 77.

(2) Alger, 26 Mai 1909, D. P. 1913, 2, 6. Voir aussi : Thèse de M. André Hanus, Nancy 1920, « *Etude du fonds de commerce, envisagé comme moyen de crédit* », page 28 (Note 2) et page 73.
Cendrier, n° 96 et suivants, p. 69 à 79.

corporels qu'il comprend, matériel ou outillage, ne deviennent-ils pas immeubles par destination?

La négative a été soutenue devant divers tribunaux; on a prétendu que le matériel ne pouvait devenir immeuble par destination car il est affecté à l'usage du fonds de commerce et non de l'immeuble : les conditions d'application de la théorie de l'immobilisation par destination ne sont pas alors remplies. Le fonds de commerce, dit-on, est une universalité juridique; les divers éléments qui le composent perdent leur individualité et leur nature propre, et ne peuvent être considérés que dans leur rapport avec l'entité juridique que constitue le fonds de commerce. Il suffit aux nombreuses personnes ayant intérêt à soutenir que la théorie civiliste ne peut recevoir application, de plaider que le matériel et les divers objets mobiliers servant à l'exploitation du fonds ne sont pas attachés à l'usage de l'immeuble, mais au fonds de commerce, et qu'ils doivent par suite conserver au point de vue juridique leur qualité mobilière.

Thèse de l'application

88. Outre les réserves à apporter sur la théorie de l'universalité juridique qui semble excessive [1], remarquons que, très souvent, ce raisonnement ne s'applique pas dans les faits, car l'objet mobilier est indispensable à l'usage de l'immeuble; les bâtiments en raison de leur modalité de construction, les terrains par suite de leur aménagement en chantier étudié pour une industrie déterminée, sont impropres à d'autres usages;

(1) Voir plus haut ce qui a été dit de cette théorie.

et alors tout meuble relatif à l'exploitation devient accessoire indispensable de l'immeuble et est nécessairement immeuble par destination. Il y a là une question d'appréciation souveraine des tribunaux [1].

Il faut conclure qu'un meuble affecté à l'usage d'un fonds de commerce n'en est pas moins susceptible de devenir immeuble par destination; il en sera ainsi si l'on constate que l'immeuble par nature a été spécialement construit ou aménagé en vue d'une exploitation industrielle ou commerciale déterminée, et qu'il ne peut, à moins de transformations importantes, recevoir une autre destination.

Nous souhaiterions qu'il en fut autrement; mais le cadre de la législation en vigueur ne peut être brisé. Il eût été préférable que les éléments corporels d'un fonds de commerce ne puissent jamais devenir immeubles par destination; cette théorie civiliste présente en elle-même de nombreux inconvénients; en outre, en notre matière, elle est source de difficultés, relatives au crédit du commerçant, qu'il nous faudra étudier.

3me SYSTEME

NATURE DOUBLE, MOBILIERE ET IMMOBILIERE, DES DROITS DU COMMERÇANT PROPRIETAIRE

Non-Participation de la volonté a la détermination de la nature juridique des biens

89. La théorie de l'accessoire n'a pas pour résultat la réduction à l'unité. La nature des droits du commerçant propriétaire n'est pas entièrement mobilière;

(1) Alger, 26 Mai 1909, D. P. 1913, 2, 6.
Trib. civ. de Saint-Malo, 17 Juillet 1930, S. 1931, 2, 43.

l'immeuble ne pouvant être considéré en droit comme un élément de fonds de commerce ne devient pas « meuble par destination ». Elle n'est pas, non plus, uniquement immobilière, le fonds de commerce tout entier ne pouvant prendre la qualité d'immeuble par destination. Le propriétaire, cependant, désire qu'une seule règle soit applicable aux biens formant l'ensemble de son exploitation; sa volonté ne participe-t-elle donc pas à la détermination de la nature juridique des biens?

La classification en meubles et immeubles est l'œuvre de la loi et domine la volonté du propriétaire ou des parties à un contrat. Le critérium de distinction des biens est avant tout un critérium objectif [1]; c'est la raison pour laquelle, lorsqu'un objet est avec un meuble dans un rapport si étroit de destination que sa possibilité de mobilité semble être supprimée, le législateur le fait prendre rang parmi les immeubles. La volonté des parties ne peut avoir, à elle seule, d'influence sur une règle d'ordre public qui est en droit français à la base du crédit réel; le changement de volonté du propriétaire doit se traduire par un acte extérieur qui le corrobore et le porte à la connaissance de tous. Le crédit l'exige, sinon, de la modification non apparente de la condition juridique des biens il pourrait résulter un préjudice certain pour des tiers à qui des droits ont été consentis antérieurement. Par exemple, en aucune circonstance, un objet ne peut prendre la nature mobilière si la loi lui attribue nor-

(1) Thèse de M. Marcel Fréjaville, Paris 1927, « *Des meubles par anticipation* », p. 13 à 21 : de l'influence de la volonté sur la condition juridique des biens.

malement un caractère immobilier; c'est seulement dans certaines hypothèses particulières, prévues expressément par la loi, telle la clause d'ameublissement en matière de contrat de mariage, que la volonté des parties pourrait entraîner un tel effet.

Le propriétaire d'un objet ne peut donc, par sa seule volonté, modifier la nature juridique des biens. Certes, un élément psychologique participe à la détermination de la nature juridique des biens; mais il est à lui seul insuffisant; un élément matériel est également nécessaire et doit concourir avec lui. Il en découle que le propriétaire, ou les parties à un contrat, ne peuvent donner la nature mobilière à un immeuble, fut-il l'accessoire indispensable d'un meuble : le fonds de commerce; et inversement, ils ne peuvent attribuer le caractère d'immeuble par destination à un meuble incorporel affecté au service d'un immeuble, car la loi n'a pas prévu cette particularité.

Participation de la volonté a la cessation de l'immobilisation far destination

90. Une application de ces règles est intéressante. La seule modification de la volonté du commerçant propriétaire n'est pas suffisante pour donner à un immeuble, fut-il immeuble par destination, la qualité juridique de meuble, tant que cette volonté n'apparaît pas de façon suffisamment nette pour contredire la situation de fait apparente. Un système de crédit réel, pour qu'il ait quelque valeur, exige une certaine publicité. Il faut qu'un changement de destination se pro-

duise effectivement, se traduisant par un déplacement matériel des objets [1].

Mais est-ce là le seul moyen de porter à la connaissance des tiers, notamment des créanciers, ce changement de destination? Si, dans la pratique, pour une hypothèse particulière, on constate que ce déplacement matériel présente des inconvénients, et si, le supprimant, on le remplace par une opération dont le propre est de remplir le but de publicité désiré, n'y a-t-il pas alors cessation de l'immobilisation? Une inscription a pour résultat de matérialiser la pensée du propriétaire et de la rendre tangible; et le critérium objectif de distinction entre meuble et immeuble est respecté si cette inscription est effectuée sur un registre que tout le monde peut consulter. L'immeuble par destination reprend alors sa qualité mobilière.

Nous admettons bien que la seule intention du propriétaire soit insuffisante, après l'incorporation du matériel à l'immeuble pour lui donner à nouveau le caractère mobilier; mais nous croyons que la publicité vient s'ajouter à la manifestation de volonté, et remplacer le fait matériel de la dépossession pour donner lieu à la cessation de l'immobilisation.

Nous tirerons les conclusions de ce raisonnement lorsque nous étudierons le point de savoir si le matériel immeuble par destination peut être compris, dans un nantissement de fonds de commerce.

---

(1) Req. 23 Février 1926, D. H. 1926, 179.
Civ. 28 Avril 1926, D. P. 1926, 1, 198 ; S. 1927, 1, 76.

CONCLUSION :

Nature double des droits du propriétaire

91. Nous sommes donc dans un domaine où la volonté du propriétaire est impuissante, et l'attribution du caractère mobilier ou immobilier à un bien qui est l'accessoire d'un autre relève exclusivement de la loi et non de l'autonomie de la volonté. La nature des droits du propriétaire est donc nécessairement double.

Il serait souhaitable que l'on puisse s'attacher à l'intention des parties ou à des considérations d'ordre économique, au moins dans la limite du respect des exigences du crédit réel. L'état de la législation ne semble pas permettre de telles solutions. La jurisprudence a fait seulement quelques applications de ces considérations relativement à la réalisation globale de l'exploitation.

Une telle conclusion épuise certaines controverses, mais elle fait apparaître d'autres difficultés : en effet, non seulement il est impossible de réduire à l'unité les droits du propriétaire, mais aussi leur séparation n'apparaît pas nettement, car un démembrement de chacun des droits s'opère; certaines qualités de l'exploitation peuvent être rattachées ou bien à l'immeuble ou bien au fonds de commerce.

Si la propriété de l'immeuble ne fait pas partie du fonds, son usage n'en est-il pas un élément, correspondant au « droit au bail », attribut du fonds de commerce exploité dans un immeuble loué? Le matériel peut devenir immeuble par destination; quelles seront les conséquences de la modification de sa nature juri-

dique? Comment opérer équitablement la réalisation de l'ensemble de l'entreprise, et la théorie de l'accessoire ne peut-elle pas recevoir parfois application relativement à ce problème? Telles sont les difficultés que fait naître la non-intégration de l'immeuble dans les fonds de commerce ou inversement. Leur étude fera l'objet des chapitres suivants.

CHAPITRE II

Du Droit à l'occupation de l'Immeuble

SECTION 1re. — *Importance du droit à l'occupation d'un immeuble.*

SECTION 2me. — *Sort de l'élément « Droit au bail », au cas de cumul des deux propriétés.*

SECTION 1re

IMPORTANCE DU DROIT A L'OCCUPATION D'UN IMMEUBLE DETERMINE

92. Très souvent les commerçants attachent une très grande importance au fait d'exercer leur profession dans un local déterminé; ils prétendent, avec raison, que leur clientèle est fonction, au moins en partie, de l'emplacement favorable de l'immeuble où ils sont installés, et de la possibilité d'y demeurer plus ou moins longtemps dans l'avenir.

Aussi, dans la pratique, l'occupation d'un local bien situé peut être un élément déterminant de la valeur du

fonds de commerce; le chiffre d'affaires de l'entreprise ne sera parfois envisagé qu'en considération de la faculté de continuer l'exploitation dans le même immeuble.

L'élément essentiel du fonds de commerce

93. Assurément la clientèle est l'élément essentiel et primordial de tout fonds de commerce; les bénéfices, but de l'entreprise, se réalisent, en effet, par elle [1]. L'acte de commerce, acte d'entremise entre producteur et consommateur dans le but de réaliser un gain pécuniaire [2] suppose nécessairement un ensemble de personnes qui soient en relation d'affaires avec l'entreprise. Un commerçant sans client ne se conçoit pas plus dans le langage juridique que dans la vie des affaires. C'est à la satisfaction et au développement de la clientèle que tendent, par définition, les initiatives des commerçants.

Les éléments d'un fonds de commerce ne prennent une importance de premier plan que s'ils deviennent

---

(1) Que la clientèle soit l'élément essentiel d'un fonds de commerce, il n'y a aucun doute. Voir :
Lacour et Bouteron, Tome I, n° 128, p. 99.
Thaller et Percerou, n° 82, p. 67.
Lyon-Caen et Renault, n° 432, p. 448.
Cendrier, n° 87 et suivants.
Note de M. L. Mazeaud, D. P. 1929, 2, 33.
Note de M. Rousseau, S. 1930, 2, 40.

(2) Le but lucratif, bien que non exigé pour les actes de commerce à raison de leur forme (lettre de change par exemple), est essentiel relativement à la détermination des actes de commerce à raison de leur objet.
Lacour et Bouteron, n° 25 et suivants, p. 28 et suiv.
Thaller et Percerou, n° 14, p. 13.
Lyon-Caen et Renault, n° 20, p. 31.

cause nécessaire et déterminante de la clientèle. Notamment, l'occupation d'un immeuble déterminé n'a en soi, au strict point de vue juridique, aucune valeur essentielle; mais elle devient de première importance si elle est source directe de clientèle, en tant qu'elle permet d'obtenir un chiffre d'affaires élevé, de le maintenir ou de le développer.

Or, ce lien entre la situation de l'immeuble et la clientèle est fréquent; les personnes qui font valoir un commerçant s'approvisionnent dans un magasin déterminé où elles sont habituées à se rendre, et la caractéristique essentielle des fonds de commerce est peut-être en définitive leur situation fixe; c'est de là que découlent du reste certains caractères admis par les lois du 7 Mars 1909 et du 18 Mars 1919 qui ont permis de parler de l'immobilisation des fonds de commerce [1].

Cette immobilité de fonds de commerce, reconnue ainsi en droit, existe aussi par suite de l'influence de l'occupation d'un immeuble déterminé sur la clientèle. Ces relations apparaissent doubles.

Rapports du lieu de l'exploitation et de la clientèle

94. En premier lieu, et bien qu'elle soit en relation directe avec la valeur personnelle du commerçant, la clientèle dépend souvent d'une situation économique ou géographique privilégiée dans une ville ou dans une région. Ce sera là, semble-t-il, l'élément le plus stable et le plus sûr de la clientèle; un café ou un restaurant dans le voisinage immédiat d'une gare ou d'une

(1) Voir plus haut ce qui a été dit à ce sujet.

caserne, un hôtel ayant une terrasse ou des chambres dominant la mer ou face à la montagne, un magasin situé à l'angle de deux rues fréquentées, sont nécessairement pour les occupants une source de clientèle; il n'est pas exagéré de dire qu'il existe alors une clientèle de l'immeuble, celui-ci présentant, à lui seul, une qualité commerciale : l'aptitude à attirer et à maintenir la clientèle. Les qualités professionnelles de l'occupant ne joueront que dans les limites permises par la situation de l'exploitation ; si le commerçant inspire confiance par sa loyauté, ou son habileté, il augmentera la clientèle de l'immeuble; si au contraire, il est négligent et malhonnête, il éloignera les acheteurs, mais ceux-ci ne disparaîtront pas, car des consommateurs ne connaissant ni le commerçant, ni ses défauts ne manqueront pas d'entrer dans l'immeuble le mieux situé. Quelles que soient les qualités ou les défauts d'un commerçant, la situation de l'immeuble qu'il occupe lui vaut, à elle seule, une clientèle. L'importance donnée dans la pratique au pas de porte le prouve bien [1].

En second lieu, l'occupation d'un immeuble déterminé influe également sur la clientèle en ce sens que, si le commerçant devait le quitter pour aller s'installer à quelque distance de là, sa clientèle ne suivrait pas. Il en est surtout ainsi dans toutes les entreprises où les contacts avec la clientèle sont nombreux, mais de

---

(1) Chronique de M. Lalou-Dalloz 1931, Chronique p. 65. « *Le pas de porte* ». L'auteur définit le pas de porte : « La « fraction des acheteurs amenés au fonds, en raison de « sa situation, élément purement casuel et indépendant « du genre de commerce ». Nous envisageons ici l'occupation d'un local déterminé seulement dans les limites de ses relations avec la clientèle.

peu d'importance pécuniaire chacun; si le commerçant est obligé de déplacer son exploitation de quelques centaines de mètres, il perdra ses clients, car ceux-ci se recrutent uniquement dans le voisinage immédiat de l'établissement. Son fonds de commerce sera anéanti. Au contraire dans un commerce de gros, ou dans une industrie importante, les clients, moins nombreux du reste, continueront des relations avec le commerçant qui leur donnait satisfaction; les qualités personnelles de celui-ci l'emportent alors sur la situation du local. La possibilité d'occuper longtemps le même immeuble, a donc d'autant plus d'importance que les contacts avec la clientèle sont plus fréquents et relatifs à des achats plus modiques.

Il ne faudrait pas toutefois exagérer; des remarques qui précèdent il découle, et la précision est importante, que si l'occupation des locaux n'a aucune influence sur la clientèle, on ne peut l'envisager comme un élément essentiel du fonds de commerce [1]. Par conséquent, l'occupation d'un immeuble toujours le même n'importe pas pour tous les locaux ou n'existe pas un rapport direct avec la clientèle. Un local commercial servant de dépôt ou d'atelier peut être abandonné; un autre sera occupé à la place sans répercus-

(1) Néanmoins la possibilité d'occuper l'immeuble peut présenter une importante valeur pécuniaire : d'une part, ce droit à l'occupation à une valeur intrinsèque ; dans les ventes de fonds de commerce survenant après de mauvaises affaires du commerçant, le droit au bail reste à peu près le seul élément du fonds ayant une valeur appréciable. D'autre part, la longue occupation de l'immeuble sera d'autant plus souhatable qu'auront été effectués des aménagements ou des installations particulières à l'entreprise ; la nécessité de déplacer un outillage important présente de tels inconvénients qu'elle fait baisser très sensiblement le prix de vente du fonds.

sion directe sur la clientèle. Lorsque nous parlons d'importance primordiale de l'immeuble, nous ne pensons qu'à celui où se produit habituellement le contact entre commerçant et clients. La jurisprudence a, du reste, souligné cette importance particulière en appliquant seulement à ces locaux la loi du 30 Juin 1926 [1].

95. De la situation d'un établissement commercial dépend donc, souvent pour partie, quelquefois entièrement, la clientèle et par conséquent la valeur du fonds de commerce. L'occupation d'un immeuble déterminé devient alors, au point de vue juridique comme au point de vue pratique, de première importance. Nous comprenons fort bien que l'on puisse décider que le droit au bail soit un élément insuffisant pour constituer un fonds de commerce en l'absence de toute clientèle [2]; ou que à l'inverse, l'absence d'un local n'empêche pas qu'il y ait fonds de commerce pouvant valablement être grevé d'un nantissement, si cette exploitation avait une clientèle certaine [3]. Nous voudrions seulement attirer l'attention sur ce fait que l'occupation d'un immeuble donné est un élément indispensable du fonds de commerce, dans la mesure où la clientèle en dépend. Nous trouvons la marque de cette relation dans les attendus suivants [4] : « Attendu

---

(1) Paris, 10 Décembre 1928, D. H. 1929, 73.
Trib. Civ. du Rhône, 7 Mars 1929, D. H. 1929, 280.

(2) Trib. Civil de Pau, 20 Avril 1932, D. H. 1932, 327.

(3) Trib. de Commerce de Marseille, 13 Juin 1929, S. 1930, 2, 40. Note de M. Henri ROUSSEAU.
Voir aussi, Trib. de Commerce de la Seine, 9 Septembre 1902. Journal des Faillites 1903, p. 24.

(4) Trib. Civil de Pau, 23 Juillet 1884, G. des Tribunaux, 24 Septembre 1884.

« que, dans l'espèce, la seule cause de l'achalandage
« comme la véritable attraction de la clientèle réside
« tout entière dans la situation du bâtiment, dans sa
« disposition intérieure, et dans son aménagement;
« que ces éléments de succès sont inséparables de
« l'immeuble et se transmettent forcément avec lui,
« car ils ne sont autre chose que l'hôtel même. »

LEGISLATION :

Importance de l'occupation d'un immeuble déterminé

96. Il serait bien difficile de contester l'importance de l'occupation d'un immeuble commercial déterminé, depuis la loi du 30 Juin 1926; le législateur n'a pas hésité, nous le savons, à porter une atteinte sérieuse au droit de propriété pour assurer le recpect de ce qu'il considérait être un élément essentiel de l'exploitation. Antérieurement, obéissant à la même considération, la loi du 17 Mars 1909 classait au nombre des éléments du fonds de commerce susceptibles d'être vendus ou donnés en nantissement « le droit au bail »; et l'article 13 de cette loi, notamment, rendait exigibles de plein droit les créances inscrites, en cas de déplacement du fonds de commerce par son propriétaire, sans que les créanciers en aient été prévenus. De même, nous avons déjà dit que les fonds de commerce, dans l'ensemble des lois 1909 et 1919, ont, en raison de leur stabilité relative, une situation voisine, à certains points de vue, de celle des immeubles. Le législateur a donc pris en considération l'influence de l'immeuble sur la clientèle, et par suite sur la valeur du fonds de commerce.

PRATIQUE NOTARIALE :

Importance de l'occupation d'un immeuble déterminé

97. Pour les mêmes motifs, les contrats de mariage comprenant une clause commerciale prévoient, dans une stipulation particulière, que si le fonds est exploité lors du décès du conjoint dans un immeuble de communauté ou dans un immeuble propre au prédécédé, bail devra être consenti au survivant. « Si le fonds ou « établissement commercial ou industriel est exploité « dans un immeuble de communauté ou propre à « l'époux prédécédé, le survivant aura le droit de « demander qu'il lui soit fait bail des lieux néces- « saires à l'exploitation du dit fonds ou établissement « et à son habitation avec ses enfants, pour une durée « de trois, six ou neuf ans, à son choix, à compter du « terme qui suivra le décès, aux charges d'usage, « moyennant un loyer à fixer d'accord, ou, à défaut « d'accord, par experts choisis ou nommés, avec « faculté pour le survivant de transporter son droit « au bail au cessionnaire de son fonds en demeurant « garant solidaire de l'exécution du bail et du paie- « ment des loyers. » [1].

Tandis que certains auteurs ne semblent apercevoir aucune difficulté inhérente à cette stipulation particulière de la clause commerciale, d'autres se sont demandés si cette obligation imposée aux héritiers est

---

(1) Répertoire général du Notariat. Formule d'actes. Année 1915. N° 1257, p. 87. On trouvera également une formule analogue dans : Amiaud, *Traité formulaire du Notariat*, 7me édition, 1924. « Contrat de mariage », p. 792.

valable [1]. La nature de cette convention varie suivant la qualité des immeubles qui y sont visés. Si l'immeuble où est exploité le fonds est un immeuble de communauté, la promesse de bail oblige certainement les héritiers du prémourant car il y a « convention de mariage et entre associés », permise par l'article 1525 du Code civil. Mais la validité peut en être contestée si l'immeuble est propre à l'époux prédécédé; la difficulté est alors identique à celle relative à la validité de la clause de conservation du fonds de commerce quand celui-ci appartient en propre au prémourant; la jurisprudence se prononce le plus souvent dans ce cas pour la nullité de la convention qui constituerait un pacte sur succession future [2].

---

(1) *Revue Critique de Législation et de Jurisprudence*, Année 1927, p. 21, article de M. CAPITANT : « *De la clause donnant au survivant des époux, la faculté de prélever le fonds de commerce exploité par eux* ». Thèse de M. BEHIN, Lille 1925 : « *De l'attribution du fonds de commerce au cas de dissolution de communauté* », p. 97 et suiv. Thèse de M. Edmond JACTAT (Paris 1931), « *De la clause de conservation par le survivant d'une exploitation propre à l'époux prédécédé* ». Notamment p. 73 à 75

(2) COLIN et CAPITANT.
JOSSERAND, Tome III, n° 495 et 700.
PLANIOL et RIPERT, Tome IX par M. Nast, n° 890 et suiv.
Thèse de M. VIGNANCOURT, Paris 1928, « *Le fonds de commerce dans les rapports entre époux* ».
Thèse de M. DUPUIS, Paris 1931, « *La clause de reprise du fonds de commerce* ».
Thèse de M. Joseph MORIN, Paris 1931, « *Les pactes sur succession futures en Droit Positif Français actuel* », p. 63 à 94.
Sur ces questions, on pourra voir diverses notes et articles, notamemnt :
Partisans de la prohibition. — M. CAPITANT, D. P. 1923, 2, 1, sous Rouen, 15 Décembre 1922 ; — D. P. 1927, 1, 5, sous Civ., 16 Décembre 1925 ; — D. P. 1929, 2, 105, sous Trib. Civil de la Seine, 24 Déc. 1928 ; — D. P. 1931, 2, (pages 1,

98. Même dans ce cas, certaines Cours d'Appel ont récemment statué dans le sens de la validité. La Cour de Paris [1] a, en effet, décidé que la clause de conservation est valable, si elle s'applique à une exploitation dépendant de la communauté, même si le bail que le survivant est en droit d'exiger porte pour une faible partie sur des immeubles propres à l'époux prédécédé. La Cour d'Amiens et la Cour de Douai [2] ont admis de même que la promesse de bail contenue dans la clause de conservation des fonds de commerce peut porter sur des biens propres au conjoint prédécédé.

Les attendus de ces décisions nous montrent quelles raisons ont déterminé ces Cours d'Appel à renoncer à leur jurisprudence. Ils portent que le droit au bail est « l'accessoire indivisible » de l'exploitation (Paris), ou que le défunt a voulu avant tout permettre à son conjoint « l'exploitation du fonds de commerce com- « mun en lui assurant un droit au bail qui en consti-

---

4 et 6) sous Paris, 21 Février 1930 et Rouen, 28 Octotobre 1930.

M. VIALETTON, S. 1926, 1, 169, sous Civ. 16 Décembre 1925 ; S. 1929, 1, 137.

Partisans de la validité. — M. Fr. GENY, S. 1928, 2, 33, sous Rouen, 15 Décembre 1922 ; — S. 1930, 2, 97, sous Paris, 21 Février 1930 ; — S. 1932, 2, 1 et 4, sous Trib. Civil de la Seine, 28 Mars 1930 et Rouen, 28 Octobre 1930.

M. NAST. — *Revue Critique de Législation et de Jurisprudence.* Année 1924, Pages 534 et suivantes ; Année 1925, pages 256 et suivantes, et Année 1930, pages 532 et suiv.; — D. H. 1929, Chronique, page 37. Répertoire général du Notariat, Année 1929, Etude Pratique n° 21.939.

M. SAVATIER. — Répertoire général du Notariat, Année 1929, Etude Pratique, n° 21.997.

(1) Paris, 14 Janvier 1931, Répertoire général du Notariat, Année 1931. Article 22.736. — G. P. 1931, 1, 144.

(2) Amiens, 14 Février 1929, Répertoire général du Notariat, Année 1929, Article 22.051.

Douai, 28 Janvier 1931. Journal des Notaires, année 1931, art. 36.838.

tue un des éléments essentiels » (Douai). Il y a là une marque de la jurisprudence qui tend à reconnaître de plus en plus l'importance de l'occupation d'un immeuble déterminé dans une exploitation commerciale [1].

JURISPRUDENCE :

Importance de l'occupation d'un immeuble déterminé

99. La même considération a guidé une jurisprudence aujourd'hui bien établie favorisant la cession du fonds de commerce tout entier, y compris le droit à l'occupation des locaux, malgré l'insertion dans les baux de certaines clauses restrictives de cette liberté. Lorsqu'un commerce est exploité dans des lieux loués, ou que le bail se trouve l'accessoire indispensable du fonds de commerce, le locataire ne peut d'ordinaire céder son fonds qu'en cédant en même temps le droit au bail; aussi, dans un but d'équité, les tribunaux se sont reconnus le droit d'apprécier les motifs qui poussent le propriétaire à insérer dans le bail une clause portant interdiction de céder le bail ou de sous-louer;

---

(1) Certains annotateurs n'ont pas manqué de relever la contradiction de la jurisprudence, qui prohibe comme pacte sur succession future la clause de reprise du fonds de commerce lorsqu'il est propre au prédécédé, mais admet la validité de la clause particulière de promesse de bail sur l'immeuble propre lorsqu'il s'agit d'un fonds de commerce commun. « Cette extension à des biens propres des effets de la clause devrait amener logiquement à en admettre la validité même si elle porte sur un fonds propre au prédécédé. »
Note sous Paris, 14 Janvier 1931, Répertoire Général du Notariat, Année 1931, Article 22.736, déjà cité.

et ils ont statué qu'en cas de bail commercial, et lorsque le droit au bail est un élément de valeur du fonds de commerce, le bailleur ne peut arbitrairement s'opposer à la cession du bail ou à la sous-location en cas de cession de fonds [1].

100. D'autres décisions de Cour d'Appel, plus récentes [2], visant avant tout le respect et la conciliation des intérêts des parties en cause, s'assurent également de l'existence de la relation immeuble-clientèle et de son importance véritable.

Deux arrêts de la Cour de Paris du 12 Juin et du 10 Novembre 1928 [3] décident que les règles édictées

---

(1) Paris 29 Janvier 1921, D. P. 1921, 2, 169.
Civ. 18 Février 1924, D. P. 1924, 1, 17 ; S. 1925, 1, 262.
Req. 16 Octobre 1927, D. H. 1927, 537.
Trib. Civil de la Seine-Inférieure, Section de Rouen, 15 Mai 1928, D. P. 1929, 2, 5. Note de M. VOIRIN.
Req. 24 Octobre 1930, Répertoire Général du Notariat, Année 1931, n° 22.842.
Trib. Civil de Poitiers, 1er Décembre 1931, D. P. 1932, 2, 57. Note de M. Pierre VOIRIN.
G. LAGARDE. — Revue Critique de Législation et de Jurisprudence, Année 1928 : « *Des clauses réservant l'agrément d'un tiers pour la cession de droits* ». Pages 65 à 102.
G. LAGARDE. — Travaux juridiques de l'Université de Rennes, Année 1930, Tome X. P. 231 à 239 : « *La protection du locataire commerçant par la jurisprudence et par la loi.* »
P. SAVATIER. — « *L'interdiction de céder le bail ou de sous-louer. Ses degrés divers, ses effets* ». D. H. 1928, Chronique p. 29.
Thèse de Mademoiselle VRABIESCO. — Paris 1930 : « *L'interdiction de sous-louer* ».

(2) Dans le sens opposé à la jurisprudence que nous signalons, voir : Paris, 29 Janvier 1921, D. P. 1922, 2, 103. Et sur pourvoi : Req. 22 Octobre 1923, D. P. 1924, 1, 77.

(3) Paris 12 Juin 1928, D. P. 1929, 2, 33. Note de L. MAZEAUD ; S. 1929, 2, 44. Note de M. H. ROUSSEAU.
Paris 10 Nov. 1928, D. P. 1932, 2, 20. Note de M. CHÉRON ; S. 1929, 2, 44, Note de M. H. ROUSSEAU
Relativement à cette décision, on pourra voir : Thèse de M. Robert GARY, déjà citée, p. 82 (Note).
De même implicitement, Paris 14 Avril 1930, D. H. 1930, 385.

par la loi de 1909 s'appliquent aussi bien à la vente séparée du droit au bail qu'à la vente de l'ensemble des éléments constituant le fonds; considérant qu'en fait il s'agissait de ventes d'un droit au bail « élément essentiel du fonds de commerce », ils reconnaissent que l'aliénation de celui-ci vaut vente du fonds de commerce tout entier. Le premier de ces arrêts semble le plus difficile à justifier [1], mais le second, malgré la formule un peu large qu'il emploie, et sur laquelle il y a lieu de faire des réserves, nous semble très juridique.

De même la Cour de Besançon [2] décide qu'un commerçant propriétaire de l'immeuble dans lequel il exploite son fonds de commerce ne peut vendre celui-ci sans concéder un bail à l'acheteur, « une stipulation « expresse concernant la durée et le prix du bail étant « essentielle, substantielle, et nécessaire », et, « faute « de convention sur ce point, on ne peut considérer « les parties comme ayant été d'accord sur la cause

(1) Cette décision avait pour but de protéger les créanciers contre des manœuvres considérées comme frauduleuses ; pour la justifier en droit, il suffit de remarquer que le banquier achète pratiquement une clientèle dont pourtant il n'a que faire : en effet, le vendeur par la résiliation du bail du local abandonne définitivement sa clientèle, et il ne le fait que si l'indemnité qui lui est offerte équivaut au prix qu'il aurait retiré de la véritable cession de son fonds. En réalité, si dans l'esprit de l'acquéreur il y a seulement acquisition du droit au bail, il y a pour le vendeur cession de fonds tout entier, y compris la clientèle, et le prix convenu correspond à la valeur de l'intégralité de l'exploitation.

Un pourvoi contre cette décision a été rejeté par la Chambre des Requêtes, le 3 Décembre 1930. (Répertoire général du Notariat, année 1931, article 22.749). Mais celle-ci a fait état d'un autre motif de l'arrêt, reconnaissant ainsi implicitement le pouvoir des Cours d'Appel d'apprécier les cessions de baux suivant les circonstances.

(2) Besançon, 14 Juin 1926, D H. 1926, 459.

« et le prix, et dès lors le contrat de vente n'a aucune « existence juridique ». Il faut approuver cette décision malgré les termes un peu trop généraux qu'elle contient; des jugements analogues pourraient être rendus avec raison chaque fois que l'influence de l'immeuble sur la clientèle est certaine.

101. Certes, ces arrêts se présentent comme des décisions d'espèce, ayant trait surtout à des questions de fait; et ils n'analysent pas expressément les relations entre droit à l'occupation d'un immeuble et clientèle. Mais là est leur véritable explication, et aussi leur justification. Du reste, ils ne sont que l'application d'une jurisprudence plus générale relative au fonds de commerce, qui estime suivant chaque cas, s'il y a eu, ou non, vente d'un élément essentiel du fonds. La clientèle est l'élément nécessaire de tout fonds de commerce; mais les autres éléments du fonds, lorsqu'ils sont en liaison étroite avec celle-ci, deviennent également de première importance. Conformément à la pensée du législateur qui envisageait le fonds de commerce en tant que clientèle et éléments constitutifs de celle-ci, destinés à demeurer groupés, les tribunaux ne font pas application de la loi du 17 Mars 1909 chaque fois qu'il s'agit d'un élément considéré isolément et dont la clientèle ne dépend pas nécessairement [1]. Mais s'il s'agit d'un élément, généralement secondaire, qui en fait, est de première importance, le juge doit tenir compte de son importance réelle et résoudre en conséquence les difficultés relatives au fonds de commerce.

(1) Civ. 17 Juin 1918, D. P. 1922, 1, 128 ; S. 1922, 1, 313. Note de M. H. Rousseau.

SECTION II

SORT DE L'ELEMENT « DROIT AU BAIL » AU CAS DU CUMUL DES DEUX PROPRIETES

102. Lorsque le commerçant est non plus locataire, mais propriétaire de l'immeuble dans lequel il exploite son fonds de commerce, il n'y a plus de bail; il ne peut être question, au moins au sens strict, de « droit au bail ». L'occupation de l'immeuble et son affectation durable à l'entreprise n'en restent pas moins, cependant, un facteur essentiel de la valeur du fonds; et si leur influence sur la clientèle est déterminante, le fonds de commerce ne doit pas être séparé du local dans lequel il a été jusque-là exploité. Nous savons que la propriété de l'immeuble ne fait pas partie du fonds de commerce; mais l'usage de cet immeuble peut-il être compté au nombre des éléments composants du fonds?

Divers exposés doctrinaux méritent quelques réserves, car leurs auteurs ne semblent pas avoir songé au problème qui nous occupe. Nous ne pouvons souscrire, par exemple, à l'affirmation catégorique de M. Wahl que : « l'immeuble n'est pas un élément du « fonds de commerce; qu'il soit plus ou moins utile, « qu'il soit même indispensable pour l'exploitation « du fonds de commerce, cela importe peu, car il « n'en est pas moins étranger au fonds. La preuve « en est qu'il peut fort bien être, et qu'il est très sou- « vent, la propriété d'une personne autre que le com- « merçant » [1]. De même, il semble qu'un manque de

(1) Note de M. WAHL, S. 1913, 2, 193, Sous Pau 6 Novembre 1911.

précision laisse subsister une incertitude dans l'esprit de celui qui lit : « Certes, l'emplacement d'une exploi-
« tation commerciale a une importance considérable.
« Mais on ne peut pas dire que le droit au bail consti-
« tue à lui seul le fonds de commerce. Ce n'est même
« pas un élément indispensable, figurent nécessaire-
« ment dans toute entreprise commerciale; car il y a
« des commerces ambulants, et *il y en a qui, étant*
« *installés dans un immeuble dont le commerçant est*
« *propriétaire, ne comportent pas de droit au bail* » [1].

Une confusion règne souvent qu'il faut tenter d'éviter : L'expression « droit au bail », employée en général, correspond à une situation particulière; on devrait toujours parler du *droit à l'occupation de l'immeuble* où est exploité le fonds. Un attendu d'un arrêt de la Cour d'Appel d'Alger [2] nous semble fort exact : « Un fonds de commerce se compose essentiellement du droit à l'occupation du local qui y est affecté, du droit au bail, de..... ». Toute entreprise commeciale exige un local pour son exploitation; que le commerçant détienne un immeuble déterminé, soit à titre de propriétaire, soit à titre de locataire; l'occupation de celui-ci n'en est pas moins nécessaire; il n'y a d'exception que dans le cas très particulier de commerce ambulant; et encore, doit-on remarquer que l'acquéreur d'un tel fonds prend soin d'exiger de son vendeur que ce qui antérieurement servait d'assiette à l'exploi-

---

(1) Note de M. CHÉRON, D. P. 1932, 2, 21, 2me colonne. Sous Paris, 10 Novembre 1928.

(2) Alger, 7 Mars 1906, D. P. 1910, 5, 55.
Voir aussi : Thèse de M. André HANUS, Nancy 1920, « *Etude du fonds de commerce envisagé comme moyen de crédit* ». Page 72.

tation, par exemple un emplacement déterminé sur un marché, lui soit assuré.

Nous croyons que l'occupation d'un immeuble déterminé, lorsque doit en dépendre la clientèle, est un élément essentiel du fonds de commerce. Il est possible de respecter les principes juridiques, notamment la distinction entre meubles et immeubles, et de satisfaire aux nécessités pratiques; il suffit de distinguer l'usage et la propriété de l'immeuble, et de dire que seul l'usage de l'immeuble fait partie du fonds. Nous pensons que : « Il serait sans doute « inexact de prétendre que dans notre hypothèse, « l'immeuble doit être ameubli, mais ce qui est vrai, « c'est que dans la pensée du commerçant, l'usage « des locaux (et non la propriété de l'immeuble) est « l'accessoire de son fonds de commerce et doit en « faire partie » [1].

103. La difficulté apparaît dans la pratique avec la remarque que la loi du 17 Mars 1909 ne semble nullement avoir songé à la situation du commerçant propriétaire de son immeuble, et parle uniquement du « droit au bail », envisageant l'hypothèse du commerçant locataire [2].

M. Henri Rousseau résoud aisément le problème : « Lorsque, écrit-il, la loi parle de droit au bail, elle « vise le droit pour le commerçant d'occuper un local

(1) Boutaud et Chabrol. — Traité général des fonds de commerce n° 49.

(2) La proposition de loi adoptée par la Chambre des Députés le 22 Février 1928 (Débats Parlementaires Ch. des Députés, Anné 1928. Pages 796 et suivantes), n'apporte aucune précision à la loi du 17 Mars 1909 ; les mêmes erremements et les mêmes incertitudes continueront donc, à moins que, lors des débats qui pourront précéder le vote définitif, on ne s'aperçoive de l'insuffisance des textes à cet égard.

« à un titre quelconque : propriétaire, usufruitier, « usager, locataire, détenteur précaire; la loi dit : « « droit au bail » parce qu'elle dispose de « eo quod « plerumque fit ». Mais elle ne s'applique pas seule- « ment au cas où le locataire peut se prévaloir d'un « bail; elle englobe tous les titres en vertu desquels il « exerce sa profession » [1].

Tel est, en effet, le sens qui devrait prévaloir en législation; malheureusement, tenter de soutenir à la barre d'un tribunal une interprétation aussi large serait aller à un échec presque certain. Assurément, il existe, surtout depuis l'arrêt de la Cour de Paris du 10 Novembre 1928, une tendance jurisprudentielle à reconnaître le rôle véritable du droit au bail dans le fonds de commerce. Mais l'analyse n'a pas été poussée plus loin; les tribunaux ne se sont pas encore rendus compte que parfois ils devaient démembrer l'immeuble pour donner au fonds de commerce une consistance réelle.

Le Tribunal de Commerce de Granville, le 17 Juillet 1930 [2] a eu à statuer sur l'espèce suivante. Un individu achète à crédit un immeuble servant alors d'atelier de cuivrerie, et y crée un fonds de commerce de scierie-parquetterie. Aussitôt après, il achète d'importantes machines, et divers prêts lui sont consentis moyennant nantissement sur le fonds de commerce qu'il venait de créer; il n'existait aucun créancier hypothécaire sur l'immeuble, mais celui-ci était grevé obligatoirement du privilège du vendeur. Deux ans plus tard, le commerçant tombe en faillite, et le syndic

(1) Note au Sirey 1925, 2, 93, sous Paris 19 Mars 1923, à propos du point de savoir si un buffet de gare est un fonds de commerce.

(2) Cette décision nous a été communiquée ; nous n'en avons pas trouvé mention dans les recueils de jurisprudence.

doit réaliser immeuble et fonds de commerce. Un conflit naît alors entre créanciers nantis et vendeur de l'immeuble, les premiers demandant qu'il soit tenu compte que le fonds de commerce exige des locaux pour son exploitation; le fait de ne pas consentir un bail au profit de l'acquéreur éventuel du fonds a pour conséquence, disaient-ils, d'en éloigner tout amateur, car il n'existera plus aucune chance de continuer avec succès l'industrie, si celle-ci ne doit pas profiter des avantages de la situation qui sont à la base de la clientèle. Ils remarquaient en outre que le vendeur de l'immeuble n'était nullement lésé par la création d'un bail raisonnable puisqu'il trouvait compensation grâce aux loyers établis; d'autre part tout vendeur à crédit d'un immeuble ne supporte-t-il pas normalement des risques; rien n'empêche l'acquéreur de l'immeuble de le louer immédiatement après son acquisition, et il faudra bien que le vendeur d'immeuble supporte ce bail s'il est consenti sans fraude.

Le Tribunal de Commerce de Granville n'a pas cru devoir faire droit à cette demande des créanciers nantis; et au lieu de concilier comme il était possible en l'espèce les intérêts des plaideurs, il refusa de « créer une chose qui n'existait pas », prétendant que « créer un bail qui n'existe pas, serait dans les condi- « tions actuelles, démembrer le gage des créanciers « hypothécaires au profit des créanciers nantis; et « qu'il est possible de créer un bail seulement lors- « qu'il n'y a pas opposition d'intérêts ».

Cette décision, outre qu'elle fut une source d'injustice certaine, eut pu être évitée en droit; il suffisait au Tribunal de se rendre compte que supprimer la possibilité de continuation de l'entreprise dans l'immeuble

avait pour conséquence nécessaire et immédiate d'en éloigner toute clientèle.

104. Elle est également bien caractéristique des inconvénients auxquels peut aboutir une jurisprudence trop éloignée des réalités concrètes; elle atteint, en quelque sorte, le maximum d'injustice à l'égard des créanciers nantis, puisque ceux-ci avaient en face d'eux un vendeur d'immeuble dont le privilège, du moins en doctrine, ne devrait pas porter sur les améliorations postérieures à la vente; de plus, elle supprime pratiquement tout crédit au commerçant propriétaire : un nantissement sur son fonds de commerce donne bien peu de sécurité au créancier, et une hypothèque sur l'immeuble est primée par le privilège du vendeur d'immeuble; le seul moyen que les créanciers puissent employer pour posséder des sûretés efficaces est de solliciter du vendeur d'immeuble une subrogation dans ses droits; mais il leur sera souvent difficile d'obtenir satisfaction.

105. Chaque fois qu'interviendra un contrat relatif à un fonds de commerce exploité dans un immeuble dont le commerçant est propriétaire, planera dans la pratique un doute. La possibilité d'obtenir lors de la réalisation que le fonds de commerce puisse continuer à être exploité dans l'immeuble sera bien hypothétique. Aussi, les parties intervenantes devront-elles, dans un désir de prévenir les difficultés, suppléer à la législation, et préciser au moyen de clauses particulières quelle étendue elles entendent donner au fonds de commerce, objet de leur contrat. L'utilité de ces clauses apparaîtra notamment, lorsque le commerçant ayant besoin d'argent devra recourir à des emprunts;

quelle sera alors la portée du nantissement du fonds de commerce qu'il consentira à ses créanciers? Comment prévenir ou résoudre les conflits pouvant surgir entre créanciers nantis et créanciers hypothécaires sur l'immeuble?

§ 1er

Le Nantissement constitué par un commerçant propriétaire de son immeuble a-t-il pour objet l'usage du local ?

LE PROBLEME

106. Théoriquement, nous devrions admettre que le nantissement affecte l'usage de l'immeuble dans lequel est exploité le fonds de commerce; mais pratiquement le créancier nanti peut-il assurer à l'acquéreur du fonds de commerce l'occupation des locaux de l'entreprise?

La loi n'oblige pas le propriétaire débiteur à laisser libre les lieux qu'il occupe. Les tribunaux, si la difficulté leur était soumise, ne permettraient peut-être pas le démembrement de l'immeuble et la vente de tout le fonds de commerce y compris un droit au bail des lieux. Constatations regrettables, dont le résultat est de limiter, contrairement au désir du législateur de 1909, le crédit du commerçant; on supprime ainsi la meilleure garantie pour les créanciers, car tandis que les qualités personnelles du débiteur peuvent varier, la qualité commerciale de l'immeuble est fixe et donne la sécurité la plus grande. Le commerçant propriétaire, considéré uniquement en tant que commerçant,

dispose d'un crédit plus faible que le commerçant locataire.

Outre ce grave inconvénient une autre difficulté peut apparaître. Supposons que le commerçant vende l'immeuble, mais y continue en vertu d'un bail l'exploitation entreprise. Le nantissement consenti antérieurement portera-t-il sur le droit au bail qui apparaît ainsi?

Si le nantissement primitif mentionnait le droit au bail purement et simplement, sans aucune clause particulière, il semble qu'une nullité absolue frappant dès l'origine cette partie du nantissement empêche qu'il soit valable le jour où un droit au bail existera réellement. Si le nantissement primitif ne portait mention de l'occupation du local, on ne peut pas dire qu'il s'étende maintenant de plein droit au droit au bail; l'article 9, § 3 de la loi du 17 Mars 1909 est formel, et ne permet pas extension de plein droit du nantissement à un élément du fonds de commerce qui n'a pas été mentionné dans l'acte même de nantissement. La solution pourrait être de constituer entièrement un nantissement nouveau; mais une telle opération n'est pas satisfaisante, car elle peut être effectuée aux risques d'une perte de rang. Une convention nouvelle, complètement indépendante, et relative uniquement au droit au bail qui vient d'apparaître, serait également inopérante, car le nantissement voit sa portée déterminée par les termes de l'acte originaire. Aussi réalise-t-on un acte dit de « complément de nantissement » dont l'avantage est de conserver, relativement aux éléments désignés dans l'acte de nantissement initial, le rang acquis lors de leur inscription au greffe; quant aux éléments mentionnés dans ce com-

plément de nantissement, lié au nantissement initial et par conséquent valable, ils sont frappés à partir de l'inscription de cet acte particulier.

SOLUTION POSSIBLE

Comment éviter ces divers inconvénients

107. Certes, le créancier qui veut obtenir pleine sécurité peut exiger, en même temps que le nantissement sur le fonds de commerce, une hypothèque première en rang sur l'immeuble. Il aura alors des sûretés qui seront réellement efficaces, du moins s'il n'existe, par exemple, ni privilège du vendeur d'immeuble, ni retour conventionnel [1]; en outre, de cette solution le créancier retire l'avantage de n'avoir pas à se préoccuper du point de savoir si l'outillage industriel, immeuble par destination, est frappé ou non par le nantissement.

Mais cette solution n'est pas pleinement satisfaisante; le propriétaire épuise ainsi tout son crédit en une seule fois : les hypothèques ou nantissements qu'il

---

(1) Lorsqu'un créancier a exigé de son débiteur comme sûreté, relativement à la même dette, à la fois un nantissement sur le fonds de commerce et une hypothèque sur l'immeuble dans lequel il est exploité, il pourra se faire colloquer intégralement à son choix sur le prix du fonds de commerce ou sur le prix des immeubles. Il y a là une conséquence d'un principe d'application très générale ; le créancier muni de plusieurs gages a le droit, en l'absence de stipulations contraires, d'en obtenir la réalisation comme il le juge bon, pourvu que poursuivant un intérêt légitime, il agisse sans fraude.

Répertoire général du Notariat, Année 1927. Etude Pratique, n° 21.392.
Civ. 9 Mai 1905, D .P. 1909, 1, 225.
Rouen, 23 Décembre 1927, D. P. 1928, 2, 181.

pourra désormais consentir ne seront plus en premier rang; en outre, bien que garantissant la même dette, le fonds de commerce et l'immeuble font l'objet de deux sûretés distinctes; il faudra donc deux contrats de garantie, ce qui est une source de complications et de frais; et si la réalisation de ces biens doit intervenir, surgit, malgré quelques atténuations jurisprudentielles, un nouvel inconvénient : le fonds de commerce est vendu en principe devant le Tribunal de Commerce conformément à la procédure organisée par la loi de 1909; l'immeuble au contraire est réalisé devant le Tribunal Civil du lieu de sa situation suivant les règles du Code de procédure; la réalisation des biens du débiteur a lieu, par suite, dans de mauvaises conditions.

SOLUTIONS PROPOSEES

108. La véritable solution au problème doit être trouvée dans des clauses particulières, adoptées lors du contrat de nantissement.

A) Le commerçant propriétaire peut s'engager à donner un bail, d'une durée satisfaisante en considération de l'exploitation, à l'acquéreur éventuel du fonds de commerce. Le nantissement porte alors sur le fonds de commerce, abstraction faite du droit au bail, mais la certitude de l'acquéreur éventuel de pouvoir occuper les lieux a pour avantage certain d'obtenir la réalisation du fonds de commerce à sa juste valeur.

B) Il est également possible que le créancier nanti, se fasse consentir en même temps que le nantissement un bail de l'immeuble avec entrée en jouissance lors de la réalisation possible du fonds de commerce;

en outre une clause expresse du bail permettrait à son bénéficiaire d'en opérer la cession. Ainsi la vente du fonds de commerce peut être effectuée dans des conditions satisfaisantes, l'acquéreur éventuel ayant la faculté d'obtenir du créancier nanti la cession du bail lors de l'acquisition des autres éléments du fonds.

Ces clauses sont parfaitement valables vis-à-vis des tiers et notamment d'un créancier prenant postérieurement hypothèque sur l'immeuble; en effet, la promesse de bail ou le bail d'un immeuble, même n'appartenant pas à un commerçant, ne sont soumis à aucune publicité à l'égard des tiers tant qu'ils ne dépassent pas 18 ans. (Loi du 23 Mars 1855 sur la transcription. Article 2, alinéas 4 et 5.) C'est aux tiers qu'il appartient de s'assurer que l'immeuble qui leur est donné en garantie hypothécaire est libre. Par conséquent, dans notre hypothèse le créancier nanti qui en prenant au greffe son inscription de nantissement, a pris soin d'y mentionner la promesse de bail ou le bail éventuellement consenti, est à l'abri de toute critique; sa situation est d'autant plus sûre qu'est intervenue une publicité, véritable supplément en quelque sorte, puisque bail ou promesse de bail auraient pu rester cachés, tant qu'une interrogation directe par le créancier hypothécaire au débiteur ne les aurait pas révélés.

L'insertion de telles clauses est également efficace si l'hypothèque a été consentie sur l'immeuble antérieurement au nantissement. Le propriétaire d'un immeuble hypothéqué en conserve pleine disposition; il faut seulement faire exception pour le cas où l'acte constitutif d'hypothèque aurait prévu par une clause expresse l'impossibilité pour le débiteur de consentir

valablement un bail de son immeuble sans le consentement formel du créancier hypothécaire.

Cette manière d'envisager les choses semble bien répondre, dans le cadre des possibilités juridiques, aux nécessités pratiques : le créancier, nanti, possède une sûreté de valeur certaine, et le créancier hypothécaire n'est pas, normalement, lésé; de son côté, le propriétaire commerçant a encore des possibilités de crédit puisqu'il conserve la faculté de consentir une hypothèque sur un immeuble qui garde une valeur pécuniaire importante malgré le bail ou la promesse de bail éventuelle dont il peut être grevé. Si dans l'avenir, le commerçant propriétaire vend son immeuble, mais y continue l'exploitation à titre de locataire, les clauses particulières de bail ou de promesse de bail conservent au créancier nanti le bénéfice de sa protection première.

§ 2

Le Nantissement constitué par un commerçant antérieurement à l'acquisition par lui de son immeuble, continue-t-il à porter sur le droit au bail ?

SOLUTION JURISPRUDENTIELLE

Critique

109. Un commerçant exerce sa profession dans un immeuble dont il est locataire; il donne son fonds de commerce, y compris le droit au bail, en nantissement; puis il achète l'immeuble. Le nantissement constitué antérieurement à cette acquisition continue-t-il à por-

ter sur le droit au bail? La Cour de Paris [1] a décidé que l'acquisition d'un immeuble avait pour effet d'éteindre le bail par confusion (Article 1300 du Code civil), ce qui entraîne comme conséquence nécessaire, la limitation de la portée du nantissement consenti : « le droit au bail s'étant éteint nécessairement par la réunion sur la tête de X... de deux qualités de propriétaire et de locataire d'un même immeuble, et cette confusion ne pouvant perdre ses effets que par l'annulation ou la rescision de la vente qui en a été la cause. »

Cette décision semble regrettable. Elle donne à la confusion un caractère absolu, celui d'extinction d'une obligation à l'égard de tous, et il y a là une fausse interprétation de l'article 1300. La doctrine et la jurisprudence s'accordent, en effet, pour reconnaître que la confusion, réunion sur la même tête des qualités de créancier et de débiteur, n'est pas un mode d'extinction total de l'obligation, mais un empêchement à son exécution, le créancier ne pouvant agir contre lui-même; la confusion ne produit effet que dans la mesure où il y a obstacle de fait à l'exercice de l'action du créancier; aussi parle-t-on du caractère relatif de ses effets [2].

---

(1) Paris 24 Février 1931, D. P. 1931, 2, 17. Note de M. LALOU.

(2) Nouveau Code Civil annoté article 1300, n° 64.
Répertoire Pratique Dalloz, « *Obligations* » n° 1207 et suivants.
COLIN et CAPITANT, Tome II, n° 350 et suivants, p. 329 et suivantes.
JOSSERAND, Tome II, p. 451, n° 945.
PLANIOL et RIPERT, Tome VII, par J. Radouant, n° 1299, page 630.
Traité AUBRY et RAU, 5me édition, Tome IV, p. 402, paragraphe 330.
Req. 11 Mai 1926, D. H. 1926, 314 ; S. 1927, 1, 93.
Voir aussi : Req. 4 Février 1901, D. P. 1901, 1, 329.

Dans l'hypothèse qui nous intéresse, le commerçant se rendant acquéreur de l'immeuble, il y a cumul des deux qualités de locataire et de bailleur, et les obligations réciproques entre ces deux personnes ne peuvent matériellement s'exécuter; mais là se trouvent limités les effets de la confusion; la qualité antérieure de locataire demeure, et ses conséquences peuvent continuer à être opposées aux tiers. Ainsi la jurisprudence admet que le droit à la prorogation peut être opposé à la personne qui antérieurement à la vente de l'immeuble avait conclu un bail de celui-ci avec l'ancien propriétaire, pour le jour où le bail en cours prendrait fin [1]. La Cour de Paris, tenant compte des caractères de la confusion, eut dû décider, conformément à ces principes, que le nantissement continue à porter sur le droit au bail.

Cette décision est donc critiquable en droit strict; elle l'est aussi, et c'est un second reproche que nous avons à lui adresser, en fait; elle est préjudiciable aux intérêts des créanciers nantis, car elle élimine de leur

---

(1) Rouen 4 Février 1925, D. H. 1925, 251.
Et sur pourvoi Req. 11 Mai 1926, D. H. 1926, 314 ; S. 1927, 1, 93.
Il est également admis qu'au cas où le locataire d'un immeuble achète celui-ci, on doit, pour savoir s'il y a lieu à rescision pour lésion, tenir compte dans l'évaluation de l'immeuble de la moins-value qui est la conséquence de la durée du bail ; et cela, bien que ce soit le locataire qui s'en soit rendu acquéreur. Les décisions intervenues en cette matière, si elles s'expliquent par le caractère objectif de la théorie de la lésion éliminant toute la valeur de convenance, font cas également des effets de la confusion.
Trib. Civi. de Sens 23 Juillet 1925, D. P. 1926, 2, 85. Note de M. LALOU.
Req. 18 Octobre 1927, D. P. 1928, 1, 35, Note de M. LALOU.
Civ. 29 Janvier 1930, D. P. 1932, 1, 57, Note de M. J. RADOUANT.
Civ. 9 Avril 1932, D. P. 1932, 1, 59.

sûreté, l'élément du fonds de commerce qui le jour de la réalisation aurait eu, probablement, la plus grande valeur pécuniaire. De plus, elle profite sans motif aux créanciers hypothécaires inscrits antérieurement à l'acquisition de l'immeuble, car elle donne une plus-value à leurs sûretés; celles-ci, lors de leurs constitutions, avaient pour objet un immeuble grevé d'un bail; désormais, elles porteront, d'après cette jurisprudence, sur un immeuble allégé de cette lourde charge.

L'Arrêt de la Cour de Paris ne doit donc pas être approuvé plus en fait qu'en droit; admettre avec lui que le nantissement ne porte plus sur le droit au bail est méconnaître le caractère relatif des effets de la confusion et faire subir un grave préjudice aux créanciers nantis, tout en augmentant sans raisons la portée des hypothèques consenties antérieurement à la mutation de l'immeuble.

Solution proposée

110. Aussi, devons-nous admettre, contrairement à l'arrêt de la Cour de Paris, que le droit au bail ne s'éteint pas à l'égard des créanciers nantis antérieurement à l'acquisition d'un immeuble. Le gage de ceux-ci doit avoir la même portée quelle que soit la situation du commerçant à l'égard de l'immeuble.

Cette solution sera approuvée certainement si on remarque, outre les considérations déjà exposées, que les effets de la confusion sont provisoires : si la vente de l'immeuble vient à être rescindée pour lésion, le bail renaît [1]. Relativement au problème que nous

(1) Voir Doctrine précitée et note de M. Lalou, D. P. 1926, 2, 85.

étudions, la conséquence de la jurisprudence de la Cour de Paris est donc la suivante : Le nantissement porte à l'origine sur le droit au bail — avant l'acquisition de l'immeuble, — ne l'atteint plus — après l'acquisition, — le frappe de nouveau si la vente est rescindée pour lésion. La portée d'une hypothèque consentie antérieurement à l'acquisition varie en sens inverse. Aucun crédit n'est possible avec un ensemble de sûretés dont la portée est aussi incertaine.

Etant donné l'Arrêt de la Cour de Paris, les créanciers nantis peuvent demander l'insertion dans le contrat de nantissement d'une clause précisant qu'au cas d'acquisition de l'immeuble par leur débiteur, le nantissement continuera à porter sur le droit au bail, et que, si, postérieurement, la réalisation du fonds de commerce devient nécessaire, l'acquéreur de celui-ci aur le droit de l'exploiter dans l'immeuble.

Pratiquement, comment rendre efficace cette clause? Il faudrait, pour qu'elle soit opposable au vendeur éventuel de l'immeuble, prévenir celui-ci au moyen d'une signification personnelle. Moyen imparfait, car, outre les frais de la signification, il est impossible de prévenir ainsi d'une façon certaine celui qui vendra l'immeuble, car le fonds de commerce peut être déplacé.

En définitive, la prudence semble devoir imposer aux créanciers nantis d'exiger l'insertion dans le contrat de nantissement d'une clause prévoyant l'exigibilité immédiate de la créance au cas d'acquisition de l'immeuble par le commerçant.

CHAPITRE III

Du Nantissement du Matériel Immeuble par destination

111. La concentration des entreprises supposant une mise en œuvre de capitaux de plus en plus considérables rend fréquentes les hypothèses dans lesquelles matériel ou outillage, commerciaux ou industriels, ont une valeur pécuniaire importante; le commerçant peut avoir intérêt à s'en servir comme moyen de crédit. S'il est propriétaire de l'immeuble dans lequel il exploite son fonds de commerce, ces objets peuvent devenir, nous le savons, immeubles par destination; pourront-ils être compris dans le nantissement de fonds de commerce?

C'est là la seule conséquence de l'immobilisation par destination qui semble devoir être étudiée ici. Certes, il en existe bien d'autres, mais les règles du droit commun sont seules applicables et leur mise en œuvre ne souffre pas de difficultés particulières. Le vendeur de matériel, par exemple, exercera désormais son privilège sur des objets qui malgré leur immobilisation

continuent, du moins en principe, à être affectés à sa garantie; toutefois des conflits peuvent naître avec divers créanciers mais ces problèmes relèvent seulement du droit civil et semblent nettement tranchés [1].

De même, le matériel peut être compris dans la saisie immobilière effectuée par des créanciers hypothécaires; et s'élèvera alors le conflit entre créanciers hypothécaires et créanciers nantis relativement à la répartition du prix unique obtenu.

Les développements qui suivront ont naturellement lieu sous le bénéfice des remarques suivantes :

Le matériel a réellement le caractère d'immeuble par destination; la question ne fait aucun doute ou a été déjà plaidée. Les objets non immobilisés par destination peuvent, en effet, être compris dans un nantissement de fonds de commerce.

---

(1) Si le matériel n'était pas immobilisé par destination, le vendeur de meubles serait primé par le créancier gagiste quelle que soit la date de constitution du nantissement, pourvu que celui-ci soit de bonne foi.

Si le matériel est immobilisé par destination, le vendeur de meubles est également primé par un créancier ayant hypothèque sur l'immeuble par nature et sur ses accessoires réputés immeubles. Il en est ainsi que l'hypothèque ait été constituée antérieurement ou postérieurement à la vente des effets mobiliers.

Requête. 11 Janvier 1887, D. P. 1887, 1, 394. S. 1887, 1, 154.
Colin et Capitant, Tome II, n° 1101, page 903.
Planiol et Ripert, Tome XII, par M. Becqué, n° 193, p. 192.
Josserand, Tome II, n° 1591, p. 763.

Il est donc dangereux de vendre du matériel à crédit à un commerçant sans s'assurer de sa solvabilité générale. S'il existe des charges antérieures, gage ou hypothèque, la seule précaution à prendre pourrait être de signifier à ces créanciers que le matériel n'est pas payé ; on détruirait ainsi leur bonne foi. Rép. Prat. Dalloz, Privilège et Hypoth., p. 536, n° 222 et 223. Du reste, il est toujours à craindre que dans l'avenir ne survienne une constitution de gage ou d'hypothèque ; ces sûretés primeraient le privilège du vendeur de matériel non payé, sans que celui-ci ait aucun moyen de se prémunir.

Et ce matériel n'est pas remis en nantissement avec dépossession réelle; ce gage consenti suivant les termes du Code civil est toujours valable.

Le Législateur n'a pas envisagé le problème, l'article 9 de la loi du 17 Mars 1909 porte : « Sont seuls « susceptibles d'être compris dans le nantissement « soumis aux dispositions de la présente loi, comme « faisant partie d'un fonds de commerce : ..... « Le matériel ou l'outillage servant à l'exploitation du « fonds ..... » Les textes ne contiennent donc aucune précision.

La jurisprudence en déduit, et certains auteurs, notamment M. Percerou, sont de même avis, qu'un immeuble, même par destination, ne peut être compris dans un nantissement; ce gage ne peut porter que sur des choses mobilières, et, par définition, il ne saurait être question de nantissement lorsque l'immeuble dans lequel est exploité le fonds est la propriété du commerçant, et que le matériel est affecté d'une façon nécessaire à l'exploitation de cet immeuble.

D'autres auteurs, dont M. Wahl, critiquent cette solution. En réalité, le nantissement de fonds de commerce est un gage sans dépossession dans lequel l'inscription remplace le fait matériel de désaisissement; il y avait bien immobilisation, mais celle-ci cesse et le matériel reprenant juridiquement le caractère mobilier est susceptible d'être donné en nantissement.

Tel est le problème qu'il nous faudra examiner. Des difficultés de même ordre se sont du reste présentées relativement aux warrants hôteliers; un conflit sur les immeubles par destination est apparu entre créanciers hypothécaires et porteurs du warrant. La loi du 17 Mars 1915, apportant une addition à la loi du

8 Août 1913, a précisé que les immeubles par destination peuvent être compris dans un warrant hôtelier; et a rétabli une identité de conditions entre l'hôtelier propriétaire de son immeuble, et l'hôtelier locataire; elle a, en outre, réglé les conflits pouvant s'élever entre les divers créanciers [1].

Nous examinerons d'abord la thèse jurisprudentielle, précisant les raisons qui semblent l'avoir déterminée. Puis, la critiquant, et, après avoir constaté que le nantissement de fonds de commerce est un gage sans dépossession, notion, du reste, admise sur certains points par la jurisprudence, nous aboutirons à la solution permettant de comprendre dans un nantissement de fonds de commerce le matériel qui apparemment est immeuble par destination.

PREMIERE THEORIE

LE MATERIEL, IMMEUBLE PAR DESTINATION, NE PEUT ETRE COMPRIS DANS LE NANTISSEMENT DE FONDS DE COMMERCE

ENONCE DE CETTE THEORIE

Jurisprudence

112. Aux termes de l'article 2072 du Code civil, le gage ne peut porter, dit-on, que sur des objets mobiliers; la loi du 17 Mars 1909 qui autorise la remise en nantissement du mobilier commercial ou du matériel industriel n'a nullement dérogé à ce texte; elle

(1) Thèse de M. Gaston Germinet, Paris 1930 : « *Le Warrant hôtelier* », p. 40 et suivantes, 104 et suivantes.

respecte l'ensemble du système de crédit réel préexistant et ne permet pas d'y apporter une modification quelconque. Il est donc impossible que les objets de nature mobilière, qui, par application des articles 524 et 525 du Code civil, sont devenus immeubles par destination, puissent être compris dans un nantissement de fonds de commerce; ils sont susceptibles seulement d'une constitution d'hypothèque ou d'une antichrèse.

Cette thèse a l'appui de la Cour de Cassation, qui dans un Arrêt de la Chambre des Requêtes du 20 Janvier 1913 [1], a statué ainsi : « Attendu que les arti-
« cles 8 et 9 de la loi du 17 Mars 1909, en disposant
« que les fonds de commerce peuvent faire l'objet de
« nantissement, et que le matériel et l'outillage ser-
« vant à l'exploitation du fonds sont susceptibles
« d'être compris dans le nantissement, n'ont pas
« modifié le caractère du contrat de gage, en ce que
« le contrat ne peut avoir pour objet que des choses
« mobilières; qu'il suit de là que le propriétaire d'un
« fonds de commerce, lorsqu'il est en même temps
« propriétaire de l'imemuble dans lequel il exploite
« le fonds, ne peut comprendre dans le contrat de
« nantissement, le matériel qui est attaché à l'immeu-
« ble à perpétuelle demeure, et qui est ainsi devenu
« immeuble par destination. »

Doctrine

113. C'est cette thèse que M. Percerou avait déjà soutenue dans une note sous un jugement du Tribu-

(1) Req. 20 Janvier 1913, S. 1920, 33, Note de M. Wahl.
De même : Alger : 26 Mai 1909, D. P. 1913, 2, 6.
Paris : 27 Juin 1911, Journal des Faillites 1912, p. 113.

nal Civil de Dijon [1]. Pour lui, la loi du 1er Mars 1898 (sous laquelle avait été rendue la décision) est spéciale au nantissement d'objets mobiliers; la place que donne le législateur à l'institution du gage sur fonds de commerce le montre bien; en outre, en instituant le registre public tenu au greffe du Tribunal de Commerce, le législateur n'a pas eu l'intention de modifier certaines conséquences du régime hypothécaire; toute sûreté que les parties entendraient constituer sur un immeuble, que ce soit un immeuble par nature ou un immeuble par destination, doit être publiée à la Conservation des hypothèques, afin qu'il y ait opposabilité aux tiers.

Depuis la promulgation de la loi de 1909, le problème et sa solution n'ont pas changé; on ne peut relever dans le texte aucune disposition relative à la difficulté. Mais on doit remarquer que la volonté des auteurs de la loi a été de comprendre dans le nantissement, seulement des éléments de nature mobilière; l'énumération de l'article 9 est significative; le rapprochement des mots « le mobilier commercial, le matériel ou l'outillage servant à l'exploitation du fonds » prouve bien que tous les éléments compris dans un nantissement de fonds de commerce sont nécessairement de nature mobilière.

M. Percerou conclut en disant qu'il serait meilleur, en théorie, de déterminer le rang de préférence des créanciers hypothécaires et des créanciers nantis, d'après la date respective de leurs inscriptions. Mais, si cette solution est souhaitable en législation, on ne

(1) Note de M. Percerou sous Tribunal Civil de Dijon, 30 Mars 1908, D. P. 1909, 153.

peut l'adopter au strict point de vue juridique, étant donné l'état actuel du droit.

CONSEQUENCES DE CETTE THEORIE

114. Cette solution conduit à une différence injuste entre le commerçant propriétaire de l'immeuble dans lequel il exploite son fonds de commerce et le commerçant locataire; le premier, en effet, a un capital, son matériel et son outillage, dont en tant que commerçant il ne peut tirer utilement crédit. Pour donner ces biens en garantie à ses créanciers, deux solutions aussi défectueuses l'une que l'autre se présentent à lui. Consentir à effectuer réellement la tradition du matériel et le donner en gage suivant les règles du droit civil est une première possibilité; mais on ressuscite ainsi la dépossession effective, dont les lois relatives au nantissement de fonds de commerce avaient précisément pour but d'éviter les inconvénients pratiques. Le commerçant peut aussi, et c'est une seconde possibilité, consentir une hypothèque sur le matériel, immeuble par destination, mais alors il doit donner, en même temps et par le même acte, hypothèque de l'immeuble par nature; solution mauvaise également puisqu'elle impose au commerçant d'épuiser ainsi du même coup tout son crédit, sans pouvoir le proportionner aux nécessités du moment.

En outre, cette théorie aboutit à faire préférer sur le prix de vente du matériel le créancier ayant hypothèque sur l'immeuble, et par suite sur ses accessoires réputés immeubles (article 2.118 du Code civil), au créancier gagiste auquel a été consenti, même antérieurement, un nantissement sur le fonds de com-

merce tout entier. En toute hypothèse, et quelle que soit la date relative de la naissance de leurs droits, le créancier hypothécaire prime le créancier nanti [1]. Celui-ci perd donc toute sécurité; il aura continuellement la crainte qu'une hypothèque soit consentie dans l'avenir sur l'immeuble qui abrite le fonds et ne vienne ainsi lui ôter une partie importante d'un élément qu'il avait pris soin d'englober dans sa sûreté.

Cette solution trop absolue a des répercussions lointaines. En effet, si un créancier consent à un commerçant locataire un nantissement portant sur tout son fonds de commerce, y compris le matériel, il devra toujours craindre que ce commerçant ne devienne propriétaire de l'immeuble dans lequel il exploite son fonds; du même coup, une partie du matériel est susceptible de devenir immeuble par destination et pourra

---

(1) Si un créancier hypothécaire prétend que le matériel devenu immeuble par destination est compris dans son gage, et forme, en conséquence, une opposition à la vente d'un fonds de commerce poursuivie par un créancier gagiste à qui ce fonds a été donné en nantissement, le tribunal de commerce est-il compétent pour ordonner cependant la vente du fonds de commerce ? Le tribunal de commerce de Tourcoing, le 9 Novembre 1909 — D. P. 1910, 2, 252 — a répondu avec raison par l'affirmative ; un tribunal de commerce a la possibilité d'ordonner, dans de telles conditions, la vente du fonds ; il lui suffit de réserver au créancier hypothécaire la possibilité de faire valoir ses droits sur le matériel, s'il en a, lors de la distribution du prix obtenu. Remarquons cependant que cette décision s'appuie sur cette affirmation qu'un tribunal de commerce est compétent pour statuer sur toutes les difficultés qui peuvent survenir au sujet de la réalisation du fonds, affirmation que le tribunal prétend appuyer sur les travaux préparatoires, la loi de 1909 ayant institué un droit nouveau faisant table rase du passé. Il serait plus exact de reconnaître la compétence du tribunal de commerce, en observant que le législateur a permis à celui-ci d'ordonner la réalisation en bloc du fonds chaque fois qu'il est de l'intérêt général que tous les éléments du fonds soient vendus globalement (art. 15 à 20 de la loi).

valablement être grevée d'une hypothèque. Cette solution paraît encore plus regrettable si elle est combinée avec cette autre règle, admise par les tribunaux, qui veut que le privilège du vendeur d'immeubles porte, comme l'hypothèque sur toutes les améliorations de l'immeuble par nature et notamment sur les objets mobiliers devenus immeubles par destination [1].

Cette théorie jurisprudentielle peut aboutir à des conséquences tout à fait inattendues. Supposons qu'un individu achète un fonds de commerc; puis ayant besoin d'argent, il contracte divers emprunts; le vendeur de fonds de commerce subroge ces créanciers dans ses droits de vendeur, lesquels portent sur le matériel. Puis le commerçant acquiert du vendeur le fonds de commerce, l'immeuble qui abrite le fonds; une partie du matériel devient immeuble par destination et est, en conséquence, grevée du privilège du vendeur de l'immeuble; le vendeur d'immeuble retire ainsi en quelque sorte une partie des droits qu'il avait

---

(1) Req. 15 Juillet 1867, D. P. 1868, 1, 269 ; S. 1868, 1, 9.
Trib. Civil de la Seine, 21 Janvier 1902, D. P. 1905, 2, 145.
Lyon, 15 Octobre 1924, D. H. 1924, 708.

Cette jurisprudence ne se justifie nullement ; elle cadre mal avec le fondement juridique du privilège ; les améliorations n'ont pas été mises par le vendeur dans le patrimoine de l'acheteur. La doctrine n'a pas manqué de la critiquer.

COLIN et CAPITANT, Tome II, n° 1138.
PLANIOL et RIPERT, Tome XII, par M. Becqué, n° 637.
JOSSERAND, Tome II, n° 1752, p. 838.
AUBRY et RAU, Tome III, § 284.

Remarquons que, à l'inverse et d'une façon plus équitable, le privilège du vendeur de fonds de commerce ne porte pas sur les améliorations postérieures à la vente.
Req. 12 Mars 1928, D. H. 1928, 224.
JAUFFRET. — Revue critique de législation et de jurisprudence, Année 1929, p. 151 à 228 : « *Des garanties du vendeur impayé d'un fonds de commerce* ».

consentis aux créanciers en les subrogeant dans son privilège de vendeur de fonds de commerce. N'y a-t-il pas là une conséquence contraire à la garantie donnée par le vendeur de fonds de commerce subrogeant?

DEUXIEME THEORIE

LE MATERIEL DEVENU IMMEUBLE PAR DESTINATION, PEUT ETRE COMPRIS DANS LE NANTISSEMENT DE FONDS DE COMMERCE

EXAMEN D'UN ARGUMENT DE TEXTE

115. Nous ne croyons pas devoir admettre la théorie que nous venons de résumer, et nous nous rallions volontiers à la thèse présentée par d'autres auteurs, notamment par M. Wahl.

Il importe en premier lieu de faire toutes réserves sur un argument de texte que nous avons signalé : Certes, il est facile de restreindre le champ d'application de l'article 9, en prétendant que sa rédaction montre bien qu'il impliquait dans l'esprit du législateur une portée limitée du nantissement. Mais l'argument, comme trop souvent les arguments de texte, est de valeur fort douteuse. Du reste, sur ce terrain de discussion, ne pourrait-on pas dire, avec beaucoup plus de vraisemblance : le législateur a voulu exclure les marchandises; aussi il ne les a pas mentionnées au texte; au contraire, il accepte que le matériel immeuble par destination puisse être frappé par le nantissement, puisqu'il mentionne explicitement « le matériel ou l'outillage servant à l'exploitation du fonds » sans la moindre restriction; en outre, anté-

rieurement à la loi du 1er Mars 1898, tout matériel pouvait être donné en gage, et il est bien certain que ce texte n'a nullement eu pour but d'empêcher le nantissement sur certains des éléments qui pouvaient en être frappés antérieurement; le désir du législateur était que les éléments qui pouvaient être donnés en gage en vertu des principes du Code civil soient encore compris dans le nantissement.

Origine de la difficulté

116. Le texte de la loi serait bien plutôt en notre sens, peut-être est-il cependant plus exact de croire que le législateur n'a pas songé à ces difficultés. Il en est excusable, car antérieurement, le problème ne pouvait se poser. Le gage, en effet, puisqu'il devait être effectué dans les termes du Code civil supposait la dépossession du débiteur et le transfert effectif de l'objet entre les mains du créancier. Nécessairement, par le seul accomplissement du gage, l'objet perdait son caractère d'immeuble par destination pour recouvrer sa qualité mobilière; le matériel immeuble par destination pouvait en conséquence être donné en gage.

Arrive la loi du 1er Mars 1898. Son but était de régler un conflit qui antérieurement existait entre tribunaux de commerce, spécialement celui de Paris, et les Cours d'Appel et de Cassation; les premiers exigeaient très juridiquement la dépossession effective, tandis que les seconds, dans un but d'opportunité se contentaient, si les éléments incorporels entrant dans la composition de l'universalité avaient une valeur supérieure aux éléments corporels, d'un transfert aux créanciers

du titre d'acquisition du fonds et du titre de bail, et d'une signification du nantissement au propriétaire de l'immeuble. Une solution législative était nécessaire; elle se trouve dans la loi du 1er Mars 1898 qui contient une innovation importante en vue de faciliter le crédit du commerçant. Elle le dispense de remettre effectivement à son créancier le matériel qu'il donne en nantissement en même temps que le fonds de commerce, et elle crée une inscription sur un registre destiné à effectuer la publicité, qui était le propre de la dépossession antérieurement obligatoire.

Du même coup, naît la difficulté; en fait et matériellement, l'objet mobilier reste attaché à l'immeuble et les conditions de l'immobilisation par destination sont remplies en apparence. Or le gage ne peut porter que sur une chose mobilière, et il devient en conséquence, semble-t-il, impossible de donner en nantissement le matériel devenu immeuble par destination.

Entre 1898 et 1909 cette difficulté, toute nouvelle, ne se présenta guère, et elle demeura ignorée du législateur qui dans le texte nouveau n'apporte aucune précision.

Le problème reste entier. Faute de la moindre indication dans la loi de 1909 nous devons la résoudre à l'aide des principes généraux du droit.

Position exacte du problème

116. Il est certain, comme l'admettent les décisions rapportées, que le nantissement ne peut porter que sur des objets de nature mobilière; l'article 2.072 du Code civil est formel. Mais il faut éviter d'établir une identité parfaite entre immeuble par nature et immeuble

par destination [1]; celui-ci est physiquement un meuble et a tendance à reprendre sa nature mobilière dès que les conditions de l'immobilisation ne sont plus réalisées. Toute la question est de savoir si par le fait même du nantissement et de l'accomplissement des formalités requises, le matériel ne perd pas le caractère d'immeuble par destination.

Le Nantissement est un gage sans dépossession

117. Il y a lieu de voir dans le nantissement de fonds de commerce un gage sans dessaisissement pour lequel la publicité tient lieu de déplacement des objets corporels. Le législateur a entendu substituer au fait matériel de tradition effective de l'objet donné en gage, qui présentait le grave inconvénient de priver le débiteur, à la fois d'un capital important, et d'un instrument de travail particulièrement productif, une opération plus simple mais qui aboutisse à donner aux tiers la même garantie. Antérieurement le gage supposait essentiellement un dessaisissement du débiteur et une mise en possession du créancier nanti, « car cette « circonstance seule peut faire connaître aux tiers que « l'objet engagé est sorti du patrimoine du débi- « teur » [2]. Le législateur pouvait supprimer relativement au nantissement de fonds de commerce la règle de principe de l'article 2.076 du Code civil et substituer à la mise en possession du créancier, considérée

(1) M. Percerou dans sa note au D. P. 1909, 2, 153, sous Trib. Civ. de Dijon, 30 Mars 1908 généralise trop rapidement, lorsqu'il écrit : « Du moment qu'il s'agit d'immeubles peu importe qu'ils le soient par nature ou par destination. »

(2) Req. 26 Mars 1907, D. P. 1909, 1, 58 ; S. 1911, 1, 372.

comme moyen de rendre publique la constitution de gage, une formalité aboutissant aux mêmes résultats : l'inscription sur un registre tenu au Greffe du Tribunal de Commerce que tous pourront consulter.

Le législateur a donc introduit la possibilité de réaliser un gage sans dépossession enlevant partiellement l'interdiction de l'article 2.076 du Code civil, et il a remédié par l'inscription aux dangers que pouvait faire naître pour des tiers la modification non apparente de la situation du débiteur.

Il n'y a du reste pas là une exception dans l'ensemble de notre législation; la loi du 18 Juillet 1898, instituant les warrants agricoles, fait en faveur du crédit agricole application d'une même façon de voir [1]. De même, on attribue aux warrants hôteliers institués par la loi du 8 Août 1913, complétée par celle du 17 Mars 1915, le caractère de gage sans dépossession [2].

L'Immobiliation par destination cesse par le fait même du nantissement

118. Par le fait même de l'accomplissement des formalités requises pour la validité du nantissement,

---

(1) Sur le warrant agricole, voir :
Colin et Capitant, Tome II, nos 1032 et suivants, p. 848 et suivantes.
Josserand, Tome II, n° 1666 et 1667.
Planiol et Ripert, Tome XII, par M. Becqué, n° 256 et suiv.
Bourcart. Note au Sirey 1914, 2, 249.
Capitant, Note au Dalloz 1919, 1, 33.
Charles Mazin. « *Le warrant agricole* ». Rép. Gén. du Notariat, Année 1932; Etude Pratique nos 23.074, 23.089, 23.100.

(2) Sur le warrant hôtelier, voir :
Colin et Capitant, Tome II, n° 1032 et 1033, p. 848 et n° 1040 et suiv., p. 853 et suivantes.
Josserand, Tome II, n° 1668 et 1669.
Planiol et Ripert, Tome XII par M. Becqué, n° 266 et suiv.
Thèse de M. Gaston Germinet, Paris 1930 « *Le warrant hôtelier* », notamment p. 51 à 72.

les conditions de cessation de l'immobilisation par destination sont remplies; d'une part, l'inscription sur un registre public vaut déplacement; et d'autre part la volonté du propriétaire qui donne l'objet en gage est certaine : par le seul fait qu'il est donné et reçu respectivement à titre de gage, l'objet est séparé de l'immeuble pour être lié au fonds de commerce; il y a modification de sa destination. La volonté du propriétaire et le fait de l'inscription concourent à rendre à l'objet son caractère mobilier.

Cette thèse admise en doctrine [1] a été soutenue avec succès devant le Tribunal Civil de Laon.

Ce jugement contient notamment les attendus suivants [2] :

« Attendu que le déplacement des objets et la mise « en possession du créancier gagiste, dans le cas de « gage ordinaire, constitue une mesure de publicité « destinée à faire connaître aux tiers que l'objet est « sorti du patrimoine du débiteur.

« Attendu que la loi du 1er Mars 1898 destinée à « favoriser le crédit commercial, a permis que le débi- « teur commerçant puisse donner en nantissement « son fonds de commerce, sans se dessaisir d'aucun

---

(1) WAHL. *Précis Théorique et Pratique de Droit Commercial*, 1922, n° 382 et 392.
Notes de M. WAHL, S. 1913, 2, 281, sous Aix 12 Février 1912 ; S. 1920, 1, 33, sous Req. 20 Janvier 1913.
Thèse de M. Marcel FRÉJAVILLE, Paris 1927, « *Des meubles par anticipation*, p. 256 à 259.
Thèse de M. André HANUS, Nancy 1920, « *Etude du fonds de commerce envisagé comme moyen de crédit* », p. 39 et suiv., 84 à 87 et 184.
Thèse de M. Julien ROBIN, Paris 1929, « *Des droits des créanciers inscrits sur le fonds de commerce* », p. 53 à 56.
Cendrier, n° 97, p. 70.

(2) Tribunal Civil de Laon, 26 Novembre 1928, G. P. 1929, 591.

« de ses éléments; qu'à la mise en possession du « créancier, elle a substitué un autre mode de publi- « cité, l'inscription au Greffe du Tribunal de Com- « merce...

« Attendu qu'il résulte de ce qui précède que si « les objets affectés par T. au service et à l'exploi- « tation de son fonds, constituaient originairement « des immeubles par destination, ils ont perdu ce « caractère du jour où le propriétaire a manifesté sa « volonté de faire cesser l'immobilisation qu'il avait « créée, c'est-à-dire à la date d'inscription du nantis- « sement, et que par suite, ils n'ont pu être compris « dans les immeubles hypothéqués au profit de B. « postérieurement à cette date. »

Nous n'avons pas trouvé mention d'un arrêt de Cour d'Appel relatif à cette décision en contradiction formelle avec la jurisprudence de la Cour de Cassation, nous le regrettons d'autant plus que ce jugement est le seul qui soit intervenu en notre matière depuis l'arrêt de la Chambre des Requêtes de 1913.

Nous n'hésitons pas cependant à approuver ce jugement; il est, en effet, difficile d'admettre que les lois de 1898 et 1909, dont les textes ne mentionnent aucune distinction entre meubles et immeubles par destination, aient marqué un recul dans l'ensemble de la législation; le législateur n'a nullement entendu créer un gage différent dans son champ d'application, de celui existant antérieurement; son dessein n'était pas de restreindre le crédit du commerçant, mais au contraire de le faciliter et de simplifier une sûreté, en substituant l'inscription au registre du Greffe du Tribunal de Commerce au fait matériel de tradition de l'objet, et en reconnaissant à cette formalité les mêmes effets qu'au dessaisissement du débiteur.

CONSEQUENCES DE CETTE THEORIE

119. A l'inverse de la solution qui domine aujourd'hui encore en jurisprudence [1] la théorie à laquelle nous nous rallions présente le grand avantage que, comme antérieurement aux lois de 1898 et 1909, le commerçant propriétaire peut proportionner l'importance des sûretés qu'il offre en garantie aux nécessités du moment. De plus, aucun conflit ne peut naître entre créanciers nantis et créanciers hypothécaires sur l'immeuble : gage et hypothèque s'excluent réciproquement. Tout est une question d'inscription; si le propriétaire commerçant consent d'abord un nantissement y compris le matériel, l'immeuble par destination reprend immédiatement le caractère mobilier; il n'est plus susceptible d'être affecté dans l'avenir à la sûreté d'un créancier hypothécaire; et celui-ci ne pourra être lésé puisqu'il a la faculté de consulter un registre public. Inversement, si le propriétaire a consenti d'abord une hypothèque sur l'immeuble, celle-ci porte également sur le matériel, immeuble par destination; un créancier qui voudra obtenir un nantissement sur le fonds de commerce devra se renseigner à la Conservation des hypothèques et y demander si l'immeuble par nature est ou non grevé; dans l'affir-

---

(1) On peut dire en effet, malgré le jugement du Tribunal Civil de Laon, que la théorie qui refuse de comprendre dans un nantissement de fonds de commerce le matériel devenu immeuble par destination domine encore aujourd'hui : outre l'autorité qui s'attache nécessairement à un arrêt de la Cour de Cassation, même rendu à une date déjà ancienne, le rapport de M. le Conseiller Pilon préalable à l'arrêt de la Chambre des Req. du 25 Juin 1930 (D. P. 1931-126) fait préjuger de la solution de la Cour de Cassation si elle devait se prononcer de nouveau.

mative, le nantissement du matériel devrait être effectué suivant les règles du Code civil; alors seulement le créancier gagiste ayant la possession matérielle de l'objet pourrait invoquer l'article 2.279 du Code civil.

Le matériel immeuble par destination sera donc compris soit dans le nantissement de fonds de commerce, soit dans l'hypothèque de l'immeuble, et le conflit entre les créanciers se règlera suivant la date respective des inscriptions; le matériel ne sera plus affecté nécessairement en première ligne au paiement du créancier hypothécaire, primant toujours le créancier du fait du fonds de commerce.

Le seul inconvénient est d'obliger le créancier hypothécaire, s'il veut connaître la valeur des sûretés qui lui sont offertes en garantie, à demander non seulement un état des inscriptions hypothécaires, mais aussi un état des nantissements portant sur le fonds de commerce de son débiteur. Mais, il n'y a pas là un inconvénient bien sérieux étant donné la pratique des affaires; de plus la loi de 1909 pouvait apporter cette addition au régime hypothécaire.

La jurisprudence a admis la notion de nantissement, gage sans dépossession

120. Il est regrettable que la jurisprudence dont les décisions sont en général fondées sur la bonne foi des parties en cause, et inspirées par un désir d'équité, n'ait pas admis la théorie que nous croyons exacte dans des espèces où elle eût conduit à des solutions heureuses. Il y a lieu de s'en étonner, d'autant plus que dans d'autres débats elle assimile entièrement

l'inscription au dessaisissement du débiteur et à la mise en possession du créancier, et admet ainsi la notion de gage qu'elle refuse de reconnaître dans notre hypothèse.

A. — *Détournement d'objets compris dans un nantissement de fonds de commerce*

121. S'agissant du détournement d'objets compris dans un nantissement de fonds de commerce, la jurisprudence considère, en effet, le nantissement comme un gage sans dessaisissement. Plusieurs décisions [1]

---

(1) Crim. 13 Mars 1909, D. P. 1911, 1, 259 ; S. 1912, 1, 237.
Crim. 25 Juillet 1912, D. P. 1913, 1, 123 ; S. 1914, 1, 116.
Paris 28 Fév. 1925, D. H. 1925, 260.
Relativement à ce problème, on pourra voir : M. PERCEROU, Note au D. P. 1911, 2, 313.
Mlle BÉQUIGNON. Revue critique de législation et de jurisprudence, Année 1927, p. 325. « *La Répression pénale du détournement d'objets compris dans un nantissement de fonds de commerce* ».
GARÇON, Code Pénal, article 400, n° 182.
Cette jurisprudence a été critiquée en doctrine ; le texte de la loi ne serait pas assez large pour qu'elle puisse être admise. Les faits, que l'on prétend constituer le détournement, dit-on, ne sont pas constitutifs du délit prévu à l'article 400 du Code Pénal, parce qu'ils ne correspondent pas à la notion ancienne du gage qui se conçoit seulement comme une dépossession effective du débiteur ; aucune indication aux textes ou aux travaux préparatoires des lois de 1898 et 1909 n'indique que les législateurs aient alors entendu donner à la nouvelle forme du gage, la protection pénale de l'article 400 § 5. Penser ainsi est certainement exagéré ; pourvu que les conditions nécessaires prévues au texte soient remplies, toutes les lois, y compris les lois pénales, peuvent s'appliquer à des situations non prévues par le législateur. Le texte est conçu en termes généraux ; il n'impose pas l'obligation du dessaisissement effectif du débiteur et on comprend fort bien que les tribunaux aient assimilé nantissement de fonds de commerce et gage civil, admettant la notion de gage sans dépossession. Toutefois, si la généralité des termes de l'article 400 § 5 permettait cette solution, elle ne l'imposait nullement.

ont admis que l'article 400 § 5 du Code pénal devait s'appliquer au détournement accompli par un débiteur d'un objet remis en gage, mais resté cependant en sa possession, conformément à la loi de 1909; et pourtant ce texte porte : « Objet donné à titre de gage. »

Ces décisions ne peuvent se comprendre sans l'admission de la notion de gage sans dessaisissement qu'elles impliquent nécessairement. Peu importe ici que cette jurisprudence, motivée en fait par le désir de donner au nantissement de fonds de commerce le bénéfice de la protection pénale, soit ou non justifiée en droit. Il nous suffit de constater que dans une hypothèse où elle en aurait pu s'en dispenser, la jurisprudence reconnaît qu'aucune distinction ne doit être faite suivant que le gage est, ou non, remis au créancier; de toute façon, il y a au point de vue juridique, dépossession du débiteur. C'est ce résultat intéressant à démontrer que nous avions pour but de mettre en relief.

B. — *Conflit entre créancier nanti et bailleur d'immeuble*

122. Il est un second point relativement auquel la jurisprudence admet la notion de gage sans dessaisissement. La loi du 17 Mars 1909 n'a pas réglé le conflit pouvant s'élever entre créancier nanti sur le fonds de commerce, et bailleur de l'immeuble dans lequel celui-ci est exploité, relativement au mobilier commercial ou au matériel d'exploitation.

Un arrêt de la Cour d'Appel de Nîmes [1] a admis que la préférence entre ces deux créanciers, se règle d'après l'ordre respectif des dates de la convention ayant donné naissance au bail et de l'inscription du nantissement; le privilège du gagiste prime le privilège du bailleur si l'inscription est antérieure au bail. Les sûretés de ces deux créanciers ont l'une et l'autre le même fondement : une constitution de gage, soit des meubles corporels garnissant l'immeuble loué remis tacitement en garantie au bailleur de l'immeuble, soit du fonds de commerce lui-même affecté expressément à la sûreté du créancier nanti; cette constitution de gage s'opère dans les deux cas sans dessaisissement du débiteur. L'arrêt remarquant la nature de ces deux privilèges reconnaît bien à celui du créancier nanti le caractère de gage sans dépossession.

Proposition de Loi

123. Il importe de constater que la proposition de loi en suspens, adoptée par la Chambre des Députés [2],

---

(1) Nîmes 22 Juillet 1912, S. 1913, 2, 85 ; D. P. 1912, 2, 338. (C'est par erreur que ce recueil indique que cette décision émane de la Cour de Montpellier).

« Attendu que la majorité de la doctrine s'est fixée très « justement en ce sens qu'en cas de concurrence entre un « créancier nanti suivant les formes et les conditions pres- « crites par la loi du 17 Mars 1909, et le bailleur de l'im- « meuble dans lequel le fonds decommerce est exploité, la « préférence doit être accordée à celui dont le droit est né « le premier et se trouve déterminée ; savoir : par l'époque « de la formation du contrat de louage, s'il s'agit du bail- « leur, et par la date de l'inscription du nantissement, en ce « qui concerne le créancier ; que les causes de préférence « qui militent en faveur de ces deux intéressés sont en effet « de même nature et dérivent toutes deux, de la notion d'un « droit de gage sur la chose. »

(2) Chambre des Députés. 2me séance du 22 Février 1928. Débats Parlementaires, Année 1928, p. 796 et suivantes.

contient les textes suivants qui trancheront définitivement le débat :

Article 11. — « Sont seuls susceptibles d'être compris dans le nantissement soumis aux dispositions de la présente loi, comme faisant partie du fonds de commerce : ..... le mobilier commercial, le matériel ou l'outillage servant à l'exploitation du fonds, même s'ils sont immeubles par destination, ... ».

Article 41. — « En cas de conflit entre un vendeur ou un créancier nanti, inscrit sur un fonds de commerce, et un créancier ayant hypothèque sur le matériel d'exploitation du fonds devenu immeuble par destination, le prix du matériel se distribuera entre ces créanciers d'après les dates respectives de leurs inscriptions, sauf en ce qui concerne les hypothèques dispensées d'inscriptions pouvant grever l'immeuble, auquel cas leur rang sera déterminé comme il est dit à l'article 2135 du Code civil; le vendeur du fonds de commerce peut faire prévaloir son privilège à la date de la vente s'il l'a inscrit dans le délai fixé par l'article 3. »

Ces textes sont heureux; il est à espérer qu'ils ne seront l'objet d'aucune modification lors de ces discussions qui, dans un avenir plus on moins rapproché, s'ouvriront sur cette proposition de loi. Du reste, ils ne doivent pas étonner; relativement au warrant-hôtelier le législateur a eu l'occasion d'admettre une solution identique.

CHAPITRE IV

De la réalisation des Biens du Commerçant - Propriétaire

124. L'ensemble de l'exploitation du commerçant propriétaire comprend, nous le savons, des biens de nature différente, et, relativement à leur réalisation, les règles propres à chacun d'eux doivent, en principe, être mises en œuvre distinctement; cette co-existence obligatoire de procédés de vente applicables l'un aux immeubles, l'autre au fonds de commerce, présente divers inconvénients .

Les tribunaux, cédant aux nécessités pratiques, ont fait preuve du désir d'unir lorsqu'ils pouvaient faire application de la théorie de l'accessoire, les deux ventes qu'ils auraient pu laisser séparées. Cette tendance doit être approuvée car elle présente une utilité certaine dans la mesure où elle permet d'aboutir à l'unité de règle.

Nous examinerons les problèmes essentiels relatifs à la réalisation des biens du commerçant propriétaire, et suivant l'ordre chronologique dans lequel ces

diverses questions sont susceptibles de se poser, nous envisagerons successivement en autant de sections les points suivants :

Section 1re. — Compétence du Tribunal civil pour la vente globale en justice d'un immeuble et du fonds de commerce.

Section 2me. — Objet de la réalisation. — Formation des lots.

Section 3me. — Surenchère au cas de vente globale.

Section 4me. — Conséquences en matière d'enregistrement.

Puis, dans un appendice, faisant état de la solution notariale, en la modifiant, nous montrerons quelle solution générale et courante nous semble désirable. Peut-être d'autres difficultés peuvent-elles se présenter dans la pratique; il ne semble pas que leur étude prenne place ici, car elles ne paraissent pas susceptibles de soulever des problèmes réellement particuliers.

SECTION PREMIERE

COMPETENCE DU TRIBUNAL CIVIL

125. Si le fonds de commerce et l'immeuble qui l'abrite doivent être vendus en justice, lorsqu'ils dépendent, par exemple, d'une succession dans laquelle des mineurs sont héritiers, le Tribunal civil qui ordonne la vente de l'immeuble est-il compétent pour ordonner la vente du fonds de commerce, et peut-il retenir à sa barre, en même temps que la vente publique de l'immeuble, celle du fonds de commerce?

Règle propre aux ventes d'immeubles

126. Rappelons d'abord que, en vertu de l'article 954 du Code de procédure civil, les ventes d'immeubles appartenant à des mineurs doivent avoir lieu soit devant l'un des juges du Tribunal de la situation de ces biens, en l'audience des criées, soit devant un notaire commis à cet effet. Les tribunaux doivent exercer leur choix d'après l'intérêt des vendeurs et les circonstances de chaque espèce, cherchant à obtenir, en même temps que la sécurité des parties en cause, la réunion de nombreuses personnes susceptibles d'enchérir; ils prendront en égard les jours et lieux habituels de vente, et, par exemple, ils renverront la vente devant notaire en considérant que les habitants de la campagne se dérangent difficilement, et cela d'autant plus que les parcelles de terre mises en vente sont de minime importance [1].

Règle propre aux ventes de fonds de commerce

127. Quant aux ventes judiciaires de fonds de commerce, elles sont ordonnées par le Tribunal de Commerce du lieu de l'exploitation, et elles doivent être obligatoirement renvoyées devant un officier public. Il existe un texte de portée très générale qui impose le ministère d'officier public; l'article 1[er] de la loi du 22 Pluviôse an VII, texte ancien mais qui n'a jamais

---

(1) Douai, 22 Février 1906, D. P. 1908, 5, 15.
Agen, 3 Janvier 1922 et Paris 16 Juin 1922, D. P. 1922, 2, 102.
Nancy, 24 et 30 Janvier 1925, D. P. 1925, 2, 76.
Pau, 8 Janvier et 26 Mars 1930, J. 1931, 783.
Lyon, 14 Février 1931, J. N. 1931, 533.

été abrogé, porte, en effet : « les meubles, effets, marchandises, bois, fruits, récoltes, et tous autres objets mobiliers ne peuvent être vendus publiquement et par enchère qu'en présence et par le ministère d'officiers publics, ayant qualité pour y procéder. » Cette règle doit s'appliquer dans tous les cas où il s'agit de vendre des meubles par adjudication, quelle que soit leur nature; les ventes de fonds de commerce, en particulier, doivent toujours être effectuées par un officier public; le Tribunal de Commerce ne peut les retenir à sa barre. Un conflit bien connu s'est élevé entre notaires et commissaires-priseurs, afin de savoir lesquels de ces officiers publics étaient compétents pour procéder à la vente; dans le système jurisprudentiel la compétence appartient soit aux notaires soit aux commissaires-priseurs, suivant que les éléments incorporels du fonds de commerce l'emportent, ou non, en importance sur les éléments corporels [1].

LA DIFFICULTE

Intérêt

128. Comment se combinent les règles que nous venons de rappeler, lorsque l'immeuble et le fonds de commerce qui y est exploité doivent être vendus en justice? Le Tribunal Civil qui ordonne la vente de l'immeuble peut-il ordonner la vente du fonds de

(1) Civ., 17 Décembre 1919, D. P. 1922, 1, 123.
Lyon, 7 Janvier 1926, D. H. 1926, 198.
Besançon, 1er Février 1926, D. P. 1926, 2, 113, Note de M. Crémieu.

commerce, et peut-il la retenir à sa barre en même temps que celle de l'immeuble?

La question est intéressante; les parties peuvent avoir avantage à se mettre d'accord pour demander au Tribunal Civil de connaître d'une réalisation globale de l'ensemble de l'entreprise; outre les avantages inhérents au fait de vendre dans les mêmes conditions de lieu et de temps les divers éléments d'une entreprise déterminée, il se peut que les frais d'une licitation double devant le Tribunal Civil soient moins élevés que les honoraires des officiers publics. Ceux-ci du reste, ne sont pas indifférents au problème; avoués ou greffiers près des tribunaux d'une part, notaires ou commissaires-priseurs d'autre part, ont intérêt à ce que l'une ou l'autre des solutions soit adoptée, car il y a là pour eux une source d'honoraires importants; aussi a-t-on vu la Chambre des Notaires et la Compagnie des Commissaires-Priseurs de Limoges faire tierce opposition à un premier arrêt de leur Cour d'Appel, et l'Association Nationale des notaires de France se constituer partie intervenante à cette instance [1].

Solution jurisprudentielle

129. Nous avons trouvé quelques arrêts de Cour d'Appel relatifs à ces difficultés; ils invoquent ou bien l'intérêt des parties, ou bien la connexité de fait et même de droit existant entre fonds de commerce et immeuble afin de permettre aux tribunaux civils de

(1) Limoges, 8 Avril 1924, D. P. 1928, 2, 119.

connaître de la vente du fonds de commerce, et de la retenir à leur barre [1].

Les rédacteurs de ces décisions ont estimé que l'élément prédominant était l'immeuble, et par application du principe « accessorium sequitur naturam principalis », jugeant surtout en fait et en opportunité, ont décidé que le Tribunal était compétent pour ordonner la vente de l'immeuble et du fond de commerce et pouvait retenir la réalisation globale à sa barre. Il n'est du reste pas nécessaire, d'après l'arrêt de la Cour de Limoges, que l'immeuble et le fonds soient vendus dans le même lot; ils peuvent faire l'objet de lots distincts.

Ces décisions ont été critiquées. Rappelant l'article 1er de la loi du 22 Pluviôse an VII, on a dit qu'elles méconnaissaient les dispositions législatives relatives aux ventes publiques de meubles, et que les tribunaux civils, en se donnant ainsi un pouvoir qu'ils ne tenaient pas de la loi, contribuaient à former une théorie prétorienne qui constitue une atteinte au privilège établi en faveur des officiers publics ou ministériels [2].

Ces arguments, sous le couvert de légalité, s'inspirent surtout d'un intérêt particulier; et il est difficile de leur reconnaître grosse valeur. L'important, en telle matière, est la réalisation de l'immeuble et du fonds dans les meilleures conditions, et on doit approuver

---

(1) Paris, 28 Juin 1860, D. P. 1861, 5, 525 ; S. 1860, 2, 420.
Limoges, 8 Avril 1924, D. P. 1928, 2, 119 ; déjà cité ci-dessus.
De même Paris, 19 Avril 1923, D. P. 1924, 2, 31 ; S. 1923, 2, 124.
Paris, 24 Février 1931, D. P. 1931, 2, 17. Note de M. Lalou.

(2) Répertoire général du Notariat, Année 1920, art. 19.596 et année 1924, art. 20.670.

cette jurisprudence opportune, dictée par les nécessités pratiques. L'application de la théorie de l'accessoire permet de faire en sorte que vente du fonds de commerce et vente de l'immeuble, même si elles doivent être effectuées en des lots distincts, aient lieu dans des conditions identiques de lieu et de date; si pour des raisons de fait, l'élément prédominant de la réalisation est l'immeuble, on comprend fort bien que les tribunaux civils en aient retenu les ventes à leur barre. Du reste, ce faisant, ils ont seulement développé le principe qui avait déjà réglé leurs décisions sur le point de savoir à quel officier public, notaire ou commissaire-priseur, appartiendrait la vente du fonds de commerce seul.

Le Tribunal Civil a, nous le savons, la faculté de conserver à sa barre la vente de l'immeuble ou de la renvoyer devant notaire! lors d'une réalisation globale, lorsque l'élément immobilier est le plus important, le Tribunal peut donc renvoyer également devant notaire. Ce renvoi est le plus souvent ordonné, même si les éléments corporels présentent une valeur pécuniaire supérieure à celle des éléments incorporels, car dans ce cas, les commissaires-priseurs ne peuvent être compétents pour dresser un cahier des charges.

En conclusion, lorsqu'un fonds de commerce doit être vendu judiciairement en même temps que l'immeuble dans lequel il est exploité, le Tribunal Civil a la faculté de joindre à la vente de l'immeuble celle du fonds de commerce; il peut ou bien retenir à sa barre, la vente globale, même si elle est opérée en deux lots distincts, ou renvoyer ces deux ventes devant le même notaire; l'intérêt des parties doit commander son choix.

CAS PARTICULIER

Saisie Immobilière

130. Toutefois, en sera-t-il ainsi, si le créancier hypothécaire a procédé à une saisie sur l'immeuble suivant la forme déterminée au Code de procédure civile par les articles 673 et suivants? Une saisie immobilière ne peut porter sur un objet de nature mobilière, et ne peut donc frapper un fonds de commerce. Il semble, en conséquence, que le Tribunal Civil, qui connaît de la vente immobilière, ne peut être compétent relativement à la vente du fonds de commerce; seuls pourraient être compris dans la vente les éléments corporels ayant pris le caractère immeuble par destination. Il en est de même s'il s'agit d'une vente sur conversion, car une saisie immobilière, même convertie en vente volontaire, n'en conserve pas moins ses caractères propres, et ne peut par suite frapper un fonds de commerce, meuble incorporel. Seul, le Tribunal de Commerce est compétent.

Cependant les créanciers nantis ont intérêt, pourvu qu'un droit au bail de l'immeuble soit assuré au fonds de commerce, à ce qu'il soit procédé à une adjudication cumulative du fonds de commerce et de l'immeuble; il leur est possible d'y parvenir. Il leur suffit de saisir le Tribunal de Commerce en lui demandant d'ordonner la réalisation du fonds; comme le Tribunal Civil est saisi de son côté d'une demande de vente de l'immeuble, l'exception de connexité peut jouer : deux tribunaux sont saisis en même temps de deux procès différents qui mettent en jeu une question commune.

(Article 171 de Procédure civile.) Le Tribunal de Commerce doit se dessaisir [1].

SECTION 2

OBJET DE LA REALISATION FORMATION DES LOTS

§ 1er

Il n'existe aucun créancier

131. Lorsque le propriétaire d'un immeuble et du fonds de commerce qui y est exploité, les vend, soit séparément, soit ensemble, il peut en principe en disposer comme il lui convient, si aucun créancier n'a d'hypothèque sur l'immeuble, ou de nantissement sur le fonds de commerce. Il aura toute liberté de vendre le fonds de commerce assorti ou non d'un bail de l'immeuble; et il pourra également mettre en vente le matériel suivant les modalités qui lui paraîtront les plus favorables à une heureuse réalisation.

Cependant une décision de la Cour d'Appel de Besançon [2] porte qu'un propriétaire ne peut vendre son fonds de commerce sans concéder un bail de l'immeuble à l'acheteur et que faute de convention sur ce point, le contrat de vente n'a aucune existence juridique. Il y a là, peut-être, une décision d'espèce; mais elle pourrait être généralisée avec raison chaque fois que l'influence du local sur la clientèle est certaine.

---

(1) Paris, 24 Février 1931, D. P. 1931, 2, 17. Note de M. Lalou. Cendrier n° 447 et 448, p. 335 et suiv.

(2) Besançon, 14 Juin 1926, D. H. 1926, 459.

Aussi les vendeurs de fonds de commerce seront prudents en précisant qu'ils donnent l'immeuble à bail, ou bien que l'objet du contrat, quoique limité, est reconnu suffisant, et que le prix de vente a été fixé, considération prise de la nécessité pour l'acquéreur de changer d'immeuble. Ainsi ils auront la certitude que l'acquéreur ne pourra faire annuler par les tribunaux la vente qui lui a été consentie lorsque la clientèle du fonds de commerce dépend, pour une quotité plus ou moins grande, de la situation de l'immeuble.

§ 2

Il existe des créanciers nantis ou des créanciers hypothécaires

Il existe seulement des créanciers nantis ou seulement des créanciers hypothécaires

132. S'il existe seulement des créanciers nantis, ceux-ci pourront demander, lors de la réalisation de leur gage, l'insertion d'une clause relative à la survivance d'un droit au bail; ils pourront plaider, avec chance de succès, semble-t-il, la nécessité pour un fonds de commerce de comprendre l'usage d'un immeuble déterminé; toutefois, il est possible qu'un Tribunal de Commerce se refuse à créer un bail de l'immeuble, soit qu'il envisage le problème au fond, soit qu'il ne veuille pas le connaître pour cause d'incompétence.

Quant aux immeubles par destination, les créanciers nantis, ne pourront, du moins directement en demander la vente puisque d'après la jurisprudence,

ceux-ci ne peuvent être atteints par le nantissement; c'est seulement en vertu du gage général que, comme tout créancier, ils possèdent sur l'ensemble du patrimoine de leur débiteur, qu'ils pourront avoir des droits sur les immeubles par destination; toutefois, il ne faut pas oublier les réserves que méritent les décisions que nous avons étudiées, et la difficulté peut mériter d'être plaidée; un revirement de jurisprudence est possible.

S'il existe seulement des créanciers hypothécaires, l'immeuble devra être vendu en totalité sans tenir compte du fonds de commerce qui y est exploité.

Il existe a la fois des créanciers hypothécaires et des créanciers nantis

133. Il en sera ainsi, dans l'état actuel de la jurisprudence; même s'il existe des créanciers nantis sur le fonds de commerce, l'immeuble devant être vendu, net de toutes charges, quelle que soit la date relative des inscriptions du nantissement et de l'hypothèque. Nous savons quelles réserves doivent être apportées à une telle jurisprudence; l'importance des intérêts en cause est susceptible de soulever des procès tendant à modifier le mode de réalisation de l'exploitation.

Si un bail ou une promesse de bail de l'immeuble avait été consentis antérieurement à la constitution de l'hypothèque, conformément à ce que nous avons conseillé au chapitre précédent, la réalisation de l'immeuble serait opérée nécessairement dans des conditions supposant le respect de ces engagements.

En dehors de ces clauses particulières, le danger est donc grand, pour les créanciers nantis, car chaque

fois qu'interviendra dans de telles conditions une réalisation de fonds de commerce, il y aura plutôt dissociation de l'entité juridique et vente de ses divers éléments corporels que vente d'un fonds de commerce déterminé; solution d'autant plus regrettable que très souvent la valeur des divers éléments composant le fonds est sensiblement inférieur à la valeur du fonds de commerce lui-même pris dans son ensemble.

Immeuble et fond de commerce indivisibles en fait

134. Diverses situations peuvent se présenter dans lesquelles immeuble et fonds de commerce seront liés matériellement d'une façon qui rende obligatoire leur vente en un seul lot. Si, par exemple, un hôtel est spécialement construit ou aménagé pour ce genre d'exploitation commerciale, l'immeuble et le fonds de commerce peuvent être considérés comme étant en fait indivisibles et doivent en conséquence être vendus en un lot unique. Il n'y a pas là un inconvénient, car pour protéger les divers créanciers qui peuvent exister soit sur l'immeuble, soit sur le fonds de commerce, la solution est simple : il suffit de répartir le prix unique obtenu suivant une proportion fixée antérieurement à la vente, par experts, d'après l'importance relative des éléments composant l'ensemble de l'entreprise [1].

---

(1) Req. 14 Décembre 1926, S. 1927, 1, 50.
Cet arrêt reconnaît implicitement la validité de toute clause de réunion, puisqu'il porte que les articles 5 et 21 de la loi du 17 Mars 1909 ne sont pas d'ordre public ; cette clause est valable même dans une vente intervenant après faillite.

SECTION 3

SURENCHERE EN CAS DE VENTE GLOBALE

Si un immeuble et un fonds de commerce sont vendus judiciairement en un seul lot, comment appliquer relativement à la surenchère, les règles propres aux ventes de chacun de ces biens?

Conciliation des règles du Code de Procédure Civile et de la Loi de 1909

135. Normalement, en vertu de l'article 708 du Code de Procédure Civile, une surenchère du sixième est possible sur le prix d'adjudication de l'immeuble vendu judiciairement. Au contraire, l'article 5 § 3 de la loi du 17 Mars 1909 dispose que : « la surenchère du sixième n'est pas admise après la vente judiciaire d'un fonds de commerce. »

Lorsqu'il y a vente en deux lots, l'un pour les immeubles et l'autre pour le fonds de commerce, chacune de ces ventes est soumise à ses règles propres; la surenchère du sixième est possible sur le prix des immeubles, et elle ne l'est pas sur celui du fonds de commerce.

Mais, si le fonds de commerce et l'immeuble sont inséparables et sont vendus en un seul lot, moyennant un prix unique, la difficulté est plus grande. On la résoud, en pratique, en insérant au cahier des charges, une clause prévoyant une ventilation de la mise à prix, quant à l'immeuble et quant au fonds de commerce; on détermine ainsi aisément la partie du prix applicable aux immeubles et la surenchère est

possible seulement sur cette portion de prix; en outre, aux termes du cahier des charges, le surenchérisseur sur l'immeuble doit prendre en sus le fonds de commerce au prix déterminé dans l'adjudication qui a eu lieu au profit du premier adjudicataire. Ainsi, les règles de droit commun et celles de la loi de 1909 sont respectées.

Possibilité de la surenchère du sixième sur la totalité du prix de l'adjudication globale

136. Est-il possible d'insérer une clause au cahier des charges suivant laquelle la surenchère du sixième sera formée valablement sur la totalité du prix de l'adjudication globale?

La jurisprudence et la doctrine répondent affirmativement; une telle convention, dont le résultat ne peut être que favorable à tous les intéressés, n'est pas interdite par le texte de la loi de 1909, l'article 5 § 3 n'étant pas une disposition d'ordre public.

Le but de la surenchère est d'élever le prix du fonds de commerce au-dessus du chiffre obtenu lors d'une première adjudication; dans les ventes amiables de fonds de commerce, il est à craindre, en effet, que vendeur et acquéreur ne s'entendent au détriment des créanciers inscrits ou opposants; pour protéger ceux-ci, contre une dissimulation partielle du prix par exemple, on leur a donné la possibilité d'effectuer une surenchère. Mais ces raisons n'existent plus lors des ventes judiciaires de fonds de commerce; les rédacteurs de l'article 5 § 3 ne concevèrent plus la possibilité d'une collusion possible au détriment des créanciers, et en conséquence supprimèrent la surenchère

dont le résultat aurait été d'alourdir la procédure sans avantage compensatoire.

C'est donc une simple raison d'opportunité, et les travaux parlementaires le prouvent, qui a fait supprimer la surenchère au cas de vente judiciaire. Il est donc permis aux vendeurs, lorsqu'ils le jugent conforme à leur intérêt, de prévoir la faculté de surenchérir sur l'ensemble des biens mis en vente et sur la totalité du prix; mais il faut l'accord, s'il y a lieu, de tous les co-propriétaires, sans exception. De plus, la jurisprudence exige avec raison l'insertion d'une clause expresse au cahier des charges antérieur à l'adjudication; il faut, en effet, que le premier adjudicataire, exposé à être dépossédé, ait connaissance, pour ne pas être lésé, de la faculté de surenchère [1].

Il importe de remarquer que la Chambre des Requêtes dans son arrêt du 1er Avril 1925 n'a pas fait état d'un motif adopté par la Cour de Paris et qui aurait été suffisant pour justifier le rejet; l'arrêt de la Cour de Paris avait constaté souverainement que le fonds de commerce était inséparable de l'immeuble;

---

(1) Paris, 19 Avril 1923, D. P. 1924, 2, 31 ; S. 1923, 2, 124.
Et sur pourvoi : Req. 1er Avril 1925, D. P. 1925, 1, 169. (Rapport de M. le Conseiller Poulle et note de M. Percerou), S. 1925, 1, 123.
Douai, 23 Février 1926, D. P. 1927, 2, 79.
Cet arrêt n'est pas contraire aux décisions déjà rapportées ; il réserve expressément l'absence d'accord entre les parties pour prévoir la surenchère globale.
Aix, 17 Avril 1931. Répertoire Général du Notariat. Année 1931, n° 22.909. Voir aussi : Note de M. Paul Matter : « *Les surenchères dans les ventes mobilières* », sous Civil 27 Janvier 1926, D. P. 1926, 1, 81.
Note de M. René Morel : « *La valeur et la portée de la clause ouvrant aux tiers le droit de former une surenchère lors d'une adjudication qui, légalement, ne comporte pas cette faculté* ». S. 1929, 1, 281. Etude Pratique de M. Ch. Defrenois. Répertoire Général du Notariat, Année 1923. art. 20.346.

dans ces conditions, l'article 5 § 3 dût-il être considéré comme d'ordre public, la nullité de la clause portant surenchère était écartée, car du fait de cette indivisibilité, la loi du 17 Mars 1909 ne pouvait plus recevoir application puisqu'elle concerne uniquement les ventes de fonds de commerce; les dispositions de droit commun, par conséquent les règles relatives à la licitation des immeubles, devenaient seules applicables [1].

Faillite

137. Si le commerçant est failli, la vente de ses immeubles a lieu suivant les formes déterminées par les articles 572 et 573 du Code de Commerce; notamment la surenchère « ne pourra être au-dessous du dixième du prix principal de l'adjudication ». En conséquence, lorsque immeuble et fonds de commerce qui y est exploité sont vendus en un seul lot, la surenchère doit porter sur le prix principal de l'adjudication globale, sur le prix de réunion, et non sur le prix relatif à l'immeuble seul [2].

Proposition de Loi

138. L'article 7 § 6 de la proposition de loi actuellement en suspens porte : « La surenchère du « sixième n'est pas admise après la vente judiciaire « d'un fonds de commerce, ou la vente poursuivie à « la requête d'un syndic, de liquidateurs, et d'admi« nistrateurs judiciaires, ou des co-propriétaires indi-

(1) En ce sens : Civ., 21 Juin 1878, D. P. 1879, 1, 263.

(2) Req. 14 Déc. 1926, S. 1927, 1, 50.

« vis du fonds, faits aux enchères publiques et con-« formément à l'article 34 de la présente loi. » [1]. La jurisprudence que nous avons relevée perdra alors tout son intérêt; la surenchère possible sur le prix de l'immeuble deviendra impossible sur le prix du fonds de commerce.

SECTION IV

CONSEQUENCES EN MATIERE D'ENREGISTREMENT

Existence de plusieurs taux

A. — Tarifs

139. Depuis la loi du 31 Juillet 1929 portant dégrèvement d'impôts, le droit d'enregistrement des ventes immobilières est fixé à 12 % sans décimes (Article 2 de la loi [2]. Quant au droit applicable aux ventes de fonds de commerce, il est de 8 % sans décimes sur le prix des éléments incorporels et du matériel (Article 1[er] de la même loi du 31 Juillet 1929); les marchandises neuves profitent d'un tarif moins élevé : 2 % (Article 27 de la loi du 30 Décembre 1928).

La taxe de première mutation, dont le taux est actuellement de 3 % (Article 12 de la loi du 16 Avril 1930) est perçue sur toute vente d'immeuble ou de

---

(1) Ch. des Députés, 2[me] Séance du 22 Février 1928, Débats Parlementaires, p. 798.

(2) Sur les problèmes relatifs à l'enregistrement, voir : Dubli-neau. « *Traité théorique et pratique de l'enregistrement* », 4[me] édition Sirey 1932.

Castillon et Pourrilon, « *Manuel formulaire de l'enregistrement des Domaines et du Timbre* », 9[me] édition, 1932.

fonds de commerce (Article 18 de la loi du 3 Août 1926); seules les marchandises neuves faisant partie d'un fonds de commerce en sont dispensées (Article 18 § 2 de la loi du 3 Août 1926).

Quel est le tarif applicable en cas de vente simultanée du fonds de commerce et de l'immeuble?

En principe, rien ne change pour le tarif applicable au fonds de commerce quant à ses éléments incorporels, mais le matériel immeuble par destination est frappé du droit de vente au tarif immobilier. La théorie des articles 524 et suivants du Code civil entraînant la perception d'un tarif plus élevé sur le matériel est regrettable; le vendeur de l'immeuble et du fonds de commerce trouvera plus difficilement acquéreur car celui qui achète ainsi l'ensemble de l'exploitation à la même personne, devra payer des droits d'enregistrement plus élevés que s'il avait acheté l'immeuble à un vendeur, le fonds de commerce à un autre [1].

L'article 9 de la loi du 22 Frimaire an VII exige la réunion de deux conditions pour que, lors de la vente par un même acte de meubles et d'immeubles, le droit

(1) Voir article de M. Henri Solus : « *Conséquences fiscales de de la notion d'immeuble par destination* », J. des N., Année 1929, art. 35.923, p. 505. Il est de doctrine certaine et de jurisprudence constante d'assimiler au point de vue fiscal les immeubles par destination aux immeubles par nature. Cependant la théorie de l'immobilisation par destination n'a nullement été créée dans l'intérêt du fisc ; du reste, lors du vote de la loi du 22 Frimaire an VII, fondamentale en matière d'enregistrement, ces biens de nature mobilière ne pouvaient devenir immeubles. Notons aussi que la différence de taux entre le tarif mobilier et le tarif immobilier s'explique par ce fait que les immeubles sont moins sujets aux dépréciations et détériorations; et on comprend difficilement en bonne logique, que le tarif immobilier puisse être appliqué à des objets de nature mobilière.

de mutation au tarif mobilier puisse être appliqué relativement aux objets de nature mobilière. Il faut que ces meubles soient l'objet d'un prix distinct et d'un état estimatif détaillé; ces deux conditions sont l'une et l'autre nécessaires; si elles n'étaient pas remplies, le tarif immobilier serait applicable sur le prix total. Il en est de même naturellement pour le fonds de commerce.

Cette règle vaut à la fois pour les ventes judiciaires et les ventes amiables. En cas de vente par adjudication, le cahier des charges qui ne contient qu'une mise aux enchères unique doit, pour permettre l'application du tarif mobilier au fonds de commerce, contenir une ventilation de la mise à prix, et prévoir que le prix obtenu sera réparti entre fonds de commerce et immeuble dans la proportion indiquée par cette ventilation [1].

Inefficacité du procédé de la double vente

140. En vue d'éviter la perception du droit de mutation au tarif immobilier sur le matériel devenu immeuble par destination, on a eu recours au procédé de la double vente : d'une part vente de l'immeuble, et d'autre part et par acte séparé, vente du fonds de commerce et de ses accessoires. Il y a ainsi, dit-on, cessation de l'immobilisation par destination, ce qui entraîne la perception du droit au tarif mobilier sur la partie du prix afférente au matériel. Mais l'Administration de l'Enregistrement ne l'a pas entendu

(1) Req. 13 Mai 1895, S. 1897, 1, 145.
Req. 17 Nov. 1913, S. 1918, 1, 163.
Req. 29 Nov. 1922, S. 1925, 1, 48.

ainsi; elle a remarqué qu'il importe peu qu'immeuble et fonds de commerce soient l'objet de deux actes de vente distincts, si, postérieurement à ces ventes, ils doivent avoir toujours le même propriétaire, et si le rapport de destination préexistant subsiste en fait. La jurisprudence lui a fait droit [2].

B. — Surtaxes

141. — L'article 42 de la loi du 13 Juillet 1925, prescrit la perception en plus des droits de mutation d'après la nature des biens, d'une surtaxe pour toutes les ventes d'immeuble ou de fonds de commerce dont le prix est de : trois cent mille francs.

Ces surtaxes sont créées par des dispositions distinctes, d'une part pour les ventes d'immeubles, d'autre part, pour les cessions de fonds de commerce. Y a-t-il lieu d'additionner le prix de vente du fonds de commerce et le prix de vente de l'immeuble, lorsqu'ils sont vendus en même temps, pour savoir si le droit de surtaxe est applicable?

L'Administration de l'Enregistrement a émis le 26 Juin 1926 [2] la solution suivante : il ne faut pas, sous peine d'adopter une conclusion contraire à l'intention du législateur, grouper pour l'application de

---

(1) Req. 23 Février 1926, D. H. 1926, 179.
Civ. 8 Fév. 1926, D. H. 1926, 162.
Civ 28 Avril 1926, D. P. 1926, 1, 198 ; S. 1927, 1, 76.
Trib. Civil de Saint-Malo, 17 Juillet 1930, S. 1931, 2, 43.
Le problème se pose identique pour les ventes d'immeubles ruraux et de cheptel ou instruments agricoles placés sur ces domaines par les propriétaires pour l'exploitation.

(2) Instruction 23 Décembre 1926, n° 3927 § 32 et Répertoire Général du Notariat, Année 1927, n° 21.389.

la surtaxe, le prix des immeubles et du fonds de commerce lorsqu'ils sont vendus simultanément, la surtaxe devant être appliquée distinctement à chaque nature de bien. Cependant, il faut ajouter au prix de vente des immeubles le prix de vente du matériel immeuble par destination, et calculer la surtaxe sur leur ensemble.

C. — Délais d'expertises

142. Dans quel délai doit intervenir l'expertise pour constater l'insuffisance d'évaluation d'immeuble appartenant au propriétaire du fonds de commerce, inséparable de celui-ci et vendu en même temps? Normalement, le délai d'expertise pour constater l'insuffisance d'évaluation des immeubles est de deux ans (Article 58 de la loi du 13 Juillet 1925); mais en matière de vente de fonds de commerce, ce délai est seulement de six mois (Article 58 de la loi du 13 Juillet 1925).

Ce délai de six mois est-il applicable à l'exploitation commerciale toute entière, y compris les immeubles accessoires indispensables du fonds de commerce? Les principes que nous avons rappelés ne semblent pas le permettre, quelle que soit l'importance pécuniaire relative du fonds de commerce proprement dit et de l'immeuble. Ainsi en a décidé un arrêt de la Chambre des Requêtes du 25 Juin 1930 [1]. Du reste dans les travaux préparatoires de la loi de Juillet 1925, le délai exceptionnel de six mois a été admis pour le

(1) Req. 25 Juin 1930, D. P. 1931, 1, 126. Rapport de M. le Conseiller Pilon.

fonds de commerce seulement, en raison du changement possible de valeur dont il est susceptible en un court délai; cette considération ne peut s'appliquer aux immeubles.

A l'inverse, on ne pourrait admettre une prétention de l'Administration de l'Enregistrement qui voudrait appliquer le délai de deux ans relativement à l'entreprise entière y compris le fonds de commerce; le délai de six mois, accordé par faveur pour les ventes de fonds de commerce, doit être respecté.

APPENDICE

a) Pratique trop fréquente

143. Trop souvent en pratique, en raison de l'absence de textes législatifs et de l'existence d'une jurisprudence incertaine, la réalisation de l'ensemble de l'exploitation est effectuée de la façon suivante : on vend d'abord l'immeuble, net de toutes charges, c'est-à-dire non grevé d'un bail; puis on vend le fonds de commerce comprenant clientèle et autres éléments incorporels, mais sans aucun droit à l'occupation de l'immeuble. Ces deux ventes s'opèrent souvent dans des conditions de temps et de lieu totalement différentes qui excluent toute possibilité de réunion des deux lots. Créanciers hypothécaires et créanciers nantis viennent exclusivement sur les prix obtenus dans les réalisations des deux lots ainsi formés. Quant aux immeubles par destination, s'il en existe, on s'en débarrasse par une vente publique de meubles, et leur prix profite aux créanciers hypothécaires.

On aboutit ainsi à une dissociation des divers éléments du fonds de commerce et à leur vente sépa-

rée, plutôt qu'à une vente d'un fonds de commerce déterminé; et ces opérations se font au détriment des créanciers nantis dont le gage est réduit à des éléments incorporels qui présentent lors de la réalisation une valeur pécuniaire infime.

b) Solution proposée

144. Si la réalisation des biens du commerçant propriétaire est chose délicate, du moins n'est-il pas impossible de l'effectuer en équité; nous croyons qu'elle pourrait être obtenue dans des conditions très satisfaisantes, en suivant le processus suivant [1] :

1° D'abord, vente de fonds de commerce avec bail consenti pour une durée et à un prix déterminé en raison des caractères de l'exploitation; le prix obtenu serait réparti entre les créanciers nantis seuls;

2° Ensuite, vente de l'immeuble grevé du droit au bail. Seuls les créanciers hypothécaires en profiteraient. Ces deux ventes auraient lieu dans les mêmes conditions de temps et de lieu au mieux de l'intérêt des parties, de préférence devant notaire;

3° Et enfin, faculté de réunion de ces deux ventes en une seule; le prix unique obtenu au cas de réunion serait réparti proportionnellement aux mises à prix fixées pour chacun des lots mis antérieurement en adjudication; les intérêts des divers créanciers seraient en conséquence respectés;

---

(1) Voir Journal des Notaires, Année 1932, art. 37.048. § 3 et 4, p. 214. « *Fonds de Commerce propre exploité dans un immeuble de communauté* ».

4° Mention au cahier des charges de la portée de la surenchère du sixième. Celle-ci portera-t-elle seulement sur l'immeuble ou en même temps sur le fonds de commerce? même s'il y avait adjudication sur faculté de réunion, la surenchère peut avoir lieu seulement sur le prix de l'immeuble, et non sur celui du fonds de commerce; il suffit de prévoir comment se répartira le prix unique obtenu à la suite de la réunion [1];

5° En outre, insertion au cahier des charges préalable à la vente, de l'obligation, pour l'acquéreur du fonds de commerce, de prendre le matériel et l'outillage à un prix déterminé par experts antérieurement à la vente. Sur le prix ainsi obtenu créanciers hypothécaires et créanciers nantis pourront entrer en conflit, étant donné l'état actuel de la jurisprudence; il est possible que la thèse que nous avons présentée comme la meilleure puisse triompher, évitant ainsi toute injustice; en tout cas, si la proposition de loi actuellement en suspens est adoptée sans modification, les créanciers nantis en profiteront seuls.

Lorsque la vente de l'ensemble de l'entreprise doit avoir lieu en justice, il ne faut pas hésiter à reconnaître unique compétence au Tribunal Civil. C'est à lui seul qu'il appartient d'ordonner les ventes de l'immeuble et du fonds de commerce, et il aura plein pouvoir pour les retenir l'une et l'autre à sa barre, ou

(1) Nous n'admettons nullement l'attendu suivant de l'arrêt de la Cour de Douai du 23 Mars 1931 : « D. H. 1932 — Sommaire page 11 : Il n'est pas possible de réunir dans un même lot un immeuble dont la vente peut être suivie d'une surenchère, et un fonds de commerce pour lequel la surenchère n'est pas admise ; en conséquence il y a lieu de procéder à deux adjudications distinctes. »

pour les renvoyer devant notaire suivant l'intérêt des parties. Certes, cette solution souhaitable en législation, gagnerait à être précisée dans la proposition de loi actuellement en suspens; mais, dès maintenant, elle peut être soutenue; le fait que deux tribunaux soient saisis en même temps de difficultés différentes mais suffisamment connexes pour mettre en jeu une question commune, permet aux plaideurs de soulever un déclinatoire pour connexité (Article 171 du Code de Procédure Civile). Seul le Tribunal Civil, même s'il est le dernier saisi, devra connaître de l'affaire, car il a la plénitude de juridiction; la loi du 17 Mars 1909 n'a nullement modifié ce principe directeur. Ainsi sont évités les inconvénients d'une dualité de compétence qui est un obstacle d'autant plus important à la réalisation pratique, qu'elle peut se prêter à la mauvaise foi des parties.

c) Justification de la solution proposée

145. La solution ainsi proposée semble facile à justifier.

Il est préférable de vendre d'abord le fonds de commerce, ensuite l'immeuble. L'ordre inverse de vente est suivi plus généralement en pratique; mais adopter une telle solution est oublier que l'acquéreur du fonds de commerce peut devenir un amateur très sérieux de l'immeuble. En fait, pour beaucoup, le fonds de commerce est l'élément le plus important de l'ensemble de l'exploitation; il semble donc plus logique et en même temps plus conforme à l'intérêt du vendeur et de ses créanciers de vendre le fonds de commerce le premier.

Quelle que soit du reste la solution adoptée pour l'ordre de mise en vente, le palliatif aux inconvénients pouvant résulter de l'une ou l'autre solution réside dans l'insertion au cahier des charges préalable à la vente d'une clause dite de « faculté de réunion ». Cette clause prévoit une mise en adjudication des deux lots sur une seule mise à prix; après que l'immeuble d'une part, et le fonds de commerce d'autre part auront été successivement exposés, aux enchères, les amateurs auront la faculté de demander leur réunion; les premières adjudications séparées sont donc provisoires, en ce sens que si la réunion est demandée les deux lots sont exposés à nouveau, mais ensemble, aux enchères, sur une seule mise à prix unique. Cette réunion a lieu à la requête d'un acquéreur éventuel qui devient automatiquement acquéreur à la nouvelle mise à prix. Celle-ci est formée de trois éléments : *a*) La mise à prix au cas de non-adjudication par défaut d'amateur, ou le prix de l'adjudication provisoire du fonds de commerce; *b*) La mise à prix, ou le prix de l'adjudication provisoire de l'immeuble; *c*) D'une enchère dite de réunion, dont le quantum, fixé par le cahier des charges est au moins égal à la somme des deux enchères exigées pour les adjudications séparées du fonds de commerce et de l'immeuble. Sur cette mise à prix globale, le demandeur reste adjudicataire s'il n'est pas porté d'enchères nouvelles; s'il en est porté ce sera la dernière mise qui l'emportera.

Cette clause de réunion est excellente; en effet, s'il y a des amateurs du fonds de commerce ou de l'immeuble pris isolément, ceux-ci ont la possibilité de l'acquérir séparément en portant enchères relative-

ment au lot qui seul les intéresse; et ce faisant, ils augmentent d'autant la mise à prix de réunion et se protègent automatiquement contre l'acquéreur éventuel du tout. Même si, par hasard, il n'existe aucun amateur séparé, mais un seul amateur pour le tout, les vendeurs et leurs créanciers ne perdront rien, puisque la mise à prix prévue pour la réunion est égale à la somme des mises à prix et enchères partielles. Quant aux créanciers, soit sur l'immeuble, soit sur le fonds de commerce, leurs intérêts, même opposés, sont respectés, si, on a eu soin de prévoir dans la clause du cahier des charges permettant la réunion, la ventilation du prix de réunion proportionnellement aux mises à prix des lots séparés.

Cet ensemble de solutions semble souhaitable. Le fonds de commerce aura une valeur certaine et pourra trouver acquéreur puisqu'il comporte un bail de l'immeuble; l'immeuble ne souffrira pas d'une moins-value appréciable si le bail dont il est grevé est raisonnable. Les créanciers seront, de toute façon, protégés. Il suffit en définitive, et là est la seule difficulté, que les ventes aient lieu sur des mises à prix bien étudiées, fixées au besoin par experts, de manière qu'aucun créancier ne puisse être lésé. Il faut également que la détermination des conditions du bail de l'immeuble soit raisonnable. Une durée de six ans, dans la plupart des cas sera satisfaisante, le bénéfice de la loi sur la propriété commerciale pouvant profiter dans l'avenir au commerçant acquéreur; et ce bail de l'immeuble sera consenti à un prix suffisamment rémunérateur pour ne pas porter préjudice à l'acquéreur de l'immeuble.

Telle est la façon dont nous concevons la possibilité de réaliser l'ensemble de l'exploitation commerciale; ainsi semble-t-il, on peut obtenir le chiffre maximum, et fixer le prix exact, d'une part de l'immeuble, d'autre part du fonds de commerce. Nécessairement il en découle des bases nettes qui semblent devoir donner satisfaction en tous points, notamment :

a) En premier lieu, pour une répartition équitable entre les divers créanciers : privilégiés, hypothécaires ou nantis;

b) En second lieu, pour les surenchères apportées soit sur l'immeuble, soit sur le fonds de commerce, si une surenchère globale n'est pas prévue au cahier des charges. Dans l'avenir, étant donné la proposition de loi actuellement en suspens qui interdit toute surenchère relativement au fonds de commerce vendu en justice, l'utilité de cette discrimination apparaîtra.

c) En troisième lieu, pour l'enregistrement.

CONCLUSION

146. Nous savons maintenant quelles entraves existent à la reprise par le propriétaire en vue d'une destination commerciale d'un immeuble lui appartenant; nous connaissons aussi quelle est, après son établissement, sa situation étant donné la nature double de ses droits et notamment de quel crédit il dispose.

Notre travail aboutit à une constatation qui n'est pas en accord avec l'opinion commune : le crédit d'un commerçant, « en tant que commerçant » est limité du fait de l'achat de l'immeuble qui abrite le fonds, car les créanciers auxquels il fera appel dans l'avenir se montreront, avec raison du reste, fort exigeants, et demanderont en même temps qu'un nantissement du fonds de commerce, une hypothèque de l'immeuble. Le commerçant propriétaire de l'immeuble dans lequel il exploite son fonds de commerce est souvent dans une situation moins avantageuse que le commerçant locataire de l'immeuble; le bénéfice qu'il semblait vouloir retirer sur le plan économique d'un état favorable en apparence est limité par des entraves d'ordre juridique. Le législateur doit remédier à ce paradoxe; mais, en l'attente d'un statut d'ensemble, il faut

souhaiter que les interventions jurisprudentielles soient heureuses, et faire confiance aux rédacteurs de contrats relatifs à de telles exploitations.

147. Une solution législative serait désirable. Le rôle et la portée du nantissement en ce qui concerne le fonds de commerce exploité dans un immeuble appartenant au commerçant, n'ont pas répondu au désir du législateur de 1909, puisque les créanciers prennent soin, de doubler le nantissement qui leur est consenti sur le fonds de commerce, d'une hypothèque sur l'immeuble. Le développement de situations économiquement désirables ne doit pas être limité par des distinctions juridiques; bien que les règle de droit soient et doivent être générales, la division des biens en deux classes se révèle parfois incommode et trop sommaire; nous avons eu occasion en particulier, de souligner les inconvénients de l'immobilisation par destination du matériel. Des règles spéciales doivent être reconnues au profit de ce qui, en fait, forme une entité distincte; l'élaboration du statut légal des fonds de commerce doit être menée à bien; une proposition de loi ayant pour objet de modifier et de compléter la loi du 17 Mars 1909 est à l'étude, et son vote devrait aboutir, en général, à des résultats souhaitables; il ne faut pas hésiter à demander pour les solutions que nous avons préconisées une sanction législative.

La jurisprudence devrait tenter de remédier à la carence législative; mais au moins partiellement, elle se révèle insuffisamment évoluée. De même qu'elle s'est rendue compte récemment de l'importance du droit au bail parmi les éléments du fonds de com-

merce, elle devrait reconnaître le rôle de l'occupation d'un immeuble déterminé, et s'assurer en toutes circonstances de la relation de l'immeuble et de la clientèle. Seuls, les tribunaux civils doivent connaître les licitations judiciaires cumulatives, et les ordonner en réglant leurs modalités de telle sorte qu'elles aient lieu avec les meilleures garanties pour les créanciers divers et en même temps les chances les plus certaines de vente à haut prix. Notamment lorsqu'ils déterminent le contenu du cahier des charges, les tribunaux civils doivent veiller à ce que le mode de réalisation que nous avons présenté comme le meilleur soit assuré.

C'est aux hommes d'affaires, négociateurs de fonds de commerce, et aux notaires surtout, qu'il appartient de parer aux incertitudes législatives et jurisprudentielles; ils les éviteront partiellement grâce à des clauses bien rédigées qui peuvent être adoptées avec profit lors d'un nantissement ou de la rédaction d'un cahier des charges. S'il doit recommander au commerçant l'achat d'un immeuble où il exploitera désormais son fonds de commerce, le notaire remplira son rôle de conseiller juridique en l'avertissant des modalités susceptibles de lui faire éviter les entraves de la loi du 30 Juin 1926. Il veillera à ce qu'un fonds de commerce ne puisse être donné en nantissement ou vendu sans qu'il ait une consistance réelle, c'est-à-dire sans qu'il comprenne le droit à l'occupation de l'immeuble. Il rappellera, en outre, que le matériel peut devenir immeuble par destination et n'est plus susceptible alors d'être compris dans le nantissement de fonds de commerce, étant donné une théorie jurisprudentielle qui ne peut être évitée par des clauses parti-

culières. Seule une hypothèque portant sur l'immeuble lui-même, ou un gage effectué suivant les termes du Code Civil pourrait frapper le matériel; mais ces solutions présentent divers inconvénients auxquels il est difficile de se résoudre. En outre, il fera en sorte que la réalisation de l'entreprise ait lieu de la façon la plus équitable.

148. Les deux lois du 17 Mars 1909 et du 30 Juin 1926 ont jusqu'ici été considérées isolément et cependant elles semblent étroitement liées; leur rapprochement est nécessaire car l'une et l'autre constituent un fragment du statut général des fonds de commerce. La loi de 1909 mentionne les divers éléments que contient un fonds de commerce, et notamment le droit au bail; et la loi de 1926 est venue reconnaître l'importance et assurer le respect de cet élément qu'elle considère comme essentiel lorsque le fonds de commerce est exploité dans un immeuble loué.

Du fait de ce non rapprochement, nous assistons en définitive à une contradiction : le législateur de 1926 pose des entraves aux droits des propriétaires immobiliers, au nom de l'importance de l'occupation d'un immeuble déterminé pour un fonds de commerce exploité par un commerçant locataire; et à l'inverse on ne reconnaît plus en législation, en jurisprudence, et souvent en doctrine, le rôle véritable de la relation immeuble-clientèle pour le fonds appartenant à un commerçant propriétaire de l'immeuble.

La reconnaissance de l'importance de l'occupation d'un immeuble déterminé dans un cas, son ignorance dans l'autre, la présentation particulière d'une loi qui devrait être considérée dans l'ensemble du statut des

fonds de commerce, sont une marque de l'empreinte des idées politiques dans la législation purement juridique. On avait une occasion de porter une atteinte au droit de propriété; on n'y a pas manqué. Il était fort simple d'apercevoir la limitation des possibilités juridiques du commerçant propriétaire et d'améliorer en conséquence sa situation; on ne l'a pas fait.

Vu :
Le Président de la Thèse :
Gaston LAGARDE.

Vu :
Le Doyen :
Ch. BODIN.

Vu et permis d'imprimer :

Le Recteur :
DAVY.

BIBLIOGRAPHIE

149. Nous n'avons pas cru devoir mentionner ici les ouvrages, rapports ou articles relatifs seulement à certains points particuliers que nous avons eu occasion de noter. Leurs références sont indiquées en lieu utile.

Nous signalerons seulement :

I. — OUVRAGES GENERAUX

COLIN et CAPITANT. — *Cours élémentaire de Droit civil français,* VII[e] édition.

JOSSERAND. — *Cours de Droit positif français.*

LACOUR et BOUTERON. — *Précis de Droit commercial,* III[e] édition.

LYON-CAEN et RENAULT. — *Manuel de Droit commercial,* XV[e] édition.

PLANIOL et RIPERT. — *Traité pratique de Droit civil français.*

THALLER et PERCEROU. — *Traité élémentaire de Droit commercial,* VIII[e] *édition.*

WAHL. — *Précis théorique et pratique de droit commercial,* 1922.

II. — OUVRAGES SPECIAUX

BOUTAUD et CHABROL. — « *Traité général des fonds de commerce* », 1905.

CENDRIER. — « *Le fonds de commerce* », V[e] édition, par Messieurs Robert Martin et René Maus. Dalloz, 1930.

MARIN. — « *Traité théorique et pratique sur la propriété commerciale* », Sirey 1928 et supplément 1932.

MARTIN (Robert) et MAUS (René). — « *Traité théorique et pratique des Baux Commerciaux et Industriels. Propriété commerciale* », Dalloz 1928 et supplément 1929.

ROPERS (Louis) et DUBRUJEAUD (André). — « *La Législation des loyers* », Sirey 1927.

III. — THESES

BARBARY. — « *Des modifications apportées aux droits des créanciers par l'immobilisation des meubles sur lesquels ils portent* », Paris 1914.

COLIN DE VERDIÈRE. — « *Des indemnités dues au commerçant à raison de la loi sur la propriété commerciale* », Paris 1929.

DASTE. — « *Propriété commerciale* », Bordeaux 1927.

FRÉJAVILLE. — « *Des meubles par anticipation* », Paris 1927.

GARY (Robert). — « *Les notions d'universalité de fait et d'universalité de droit* », Bordeaux 1932.

GINESTE. — « *Propriété commerciale* », Paris 1927.

HANUS. — « *Etude du fonds de commerce envisagé comme moyen de crédit* », Nancy 1920.

LAVALLETTE-SIMON. — *L'Immobilisation de fonds de commerce et la loi de* 1909 », Paris 1913.

ROBIN. — « *Des droits des créanciers inscrits sur le fonds de commerce* », Paris 1929.

SAUVALLE. — « *De la distinction entre les immeubles par nature et les immeubles par destination, et spécialement de l'outillage immobilier* », Paris, 1902.

SENESSE. — « *La propriété commerciale* », Toulouse 1932.

VI. — ARTICLES

LAGARDE. — « *La protection du locataire commerçant par la jurisprudence et par la loi* », Travaux juridiques et économiques de l'Université de Rennes, Tome X (Année 1930).

ROPERS et DUBRUJEAUD (André). — « *Etude pratique sur l'application de la législation dite de la propriété commerciale et sur les baux commerciaux* », Lois nouvelles. Années 1928, 1929 et 1930.

ROPERS. — « *Du juste motif de refus de renouvellement et du droit de reprise dans les baux commerciaux. Etude de jurisprudence* », Revue trimestrielle de droit civil. Année 1932.

TRASBOT. — *Commentaire de la loi du 30 Juin* 1926, D. P. 1926, 4-256.

V. — RAPPORTS A LA COUR DE CASSATION

Rapport de M. le Conseiller PILON, D. P. 1931, 1, 126, sous Requête 25 Juin 1930.

Rapport de M. le Conseiller PILON, D. P. 1932, 1, 83, sous Requête 18 Janv. 1932.

Rapport de M. le Conseiller POULLE, D. P. 1925, 1, 169, sous Requête 1er avril 1925.

VI. — NOTES ET JURISPRUDENCE

Note de M. CHÉRON, D. P. 1932, 2, 20, sous Paris 10 Novembre 1928.

Note de M. LALOU, D. P. 1931, 2, 17, sous Paris 24 Fév. 1931.

Note de M. L. MAZEAUD, D. P. 1929, 2, 33, sous Paris 12 Juin 1928.

Note de M. H. MAZEAUD, Sirey, 7e cahier 1932, page 249, sous Civ., 24 Février 1932.

Note de M. PERCEROU, D. P. 1909, 2, 153, sous Trib. civil Dijon, 30 Mars 1908.

Note de M. PERCEROU, D. P., 1925, 1, 169, sous Requête 1er Avril 1925.

Note de M. H. ROUSSEAU, S. 1925, 2, 93, sous Paris 19 Mars 1923.

Note de M. H. ROUSSEAU, S. 1929, 2, 44, sous Paris 12 Juin 1928 et 10 Nov. 1928.

Note de M. H. ROUSSEAU, S. 1930, 2, 40, sous Trib. de commerce de Marseille 13 Juin 1929.

Note de M. TRASBOT, D. P. 1929, 1, 113, sous Civ. 15 Mai 1929.

Note de M. TRASBOT, Dalloz, 7e et 8e cahiers 1932, page 131 sous Civ. 22 Décembre 1931.

Note de M. WAHL, S. 1913, 2, 193, sous Pau 6 Nov. 1911.
Note de M. WAHL, S. 1913, 2, 281, sous Aix 12 Février 1912.
Note de M. WAHL, S. 1920, 1, 33, sous Req. 20 Janv. 1913.

VII. — RECUEILS ET REPERTOIRES

Dalloz, Hebdomadaire (D. H.).
Dalloz, Périodique (D. P.).
Dalloz, Répertoire pratique (Rép. prat.).
Gazette du Palais (G. P.).
Journal des Faillites (J. F.).
Journal des Notaires (J. N.).
Répertoire général pratique du Notariat et de l'Enregistrement (DEFRENOIS).
Recueil des Arrêts de la Cour de Rennes (Rec. Rennes).
Revue Critique de Législation et de Jurisprudence.
Revue Trimestrielle de Droit Civil.
Sirey. Recueil de Jurisprudence (S.).

VIII. — TRAVAUX LEGISLATIFS

Proposition de loi modificative de la loi du 17 Mars 1909.
Débats parlementaires Chambre des Députés.
Séance du 22 Février 1928. Page 796 et suivantes.

Proposition de loi modificative de la loi du 30 Juin 1926.
Débats parlementaires. Chambre des Députés.
Séance du 6 Février 1932, *J. O.* du 7 Février 1932, pages 446 à 458.
Séance du 8 Février 1932, *J. O.* du 9 Février 1932, pages 470 à 482 et 493 à 504.
Séance du 9 Février 1932, *J. O.* du 10 Février 1932, pages 517 à 525.
Séances du 22 Novembre 1932 et suivantes jusqu'au 9 Décembre 1932.
Débats parlementaires. — Sénat.
Séance du 21 Juin 1932, *J. O.* du 22 Juin 1932, pages 912 et suivantes.
Texte du projet de loi n° 830 distribué le 27 Décembre 1932.

TABLE DES MATIÈRES

Pages

Introduction 1

PREMIERE PARTIE

Réunion dans les mêmes mains, des propriétés de l'immeuble, et du fonds de commerce qui y est exploité 9

TITRE I

Etablissement d'un fonds de commerce dans un immeuble *à usage d'habitation* par le propriétaire de cet immeuble 13

TITRE II

Etablissement d'un fonds de commerce dans un immeuble *à usage commercial* ou industriel, par le propriétaire de cet immeuble. — Notions générales. — Plan. 17

CHAPITRE PREMIER

Etablissement par un propriétaire *non commerçant* d'un fonds de commerce dans son immeuble 25

Section I. — *Exercice normal* du Droit de Propriété 25

§ I : Indemnités fondées sur l'idée d'enrichissement sans cause 27

a) Indemnité de plus-value ou d'aménagements 27

b) Indemnité d'enrichissement ou de commerce similaire 31

c) Cumul ou non-cumul de ces deux indemnités 33

§ II : Bénéficiaires de ces dispositions 34

A. — Personnes morales 34

B. — Cas particuliers 37

a) Le commerçant est propriétaire de l'immeuble et du fonds de commerce 37

Pages

b) Le commerçant propriétaire destine son immeuble à des travaux d'utilité publique. 38

c) Le commerçant propriétaire est un étranger 39

d) L'immeuble du commerçant propriétaire est occupé par un étranger..... 41

e) L'immeuble du commerçant proriétaire est occupé par un sous-locataire..... 44

Section II. — *Etablissement abusif* du commerçant propriétaire dans son immeuble..... 46

§ I : Des cas de reprise frauduleuse..... 47
Sens du mot « Fraude »..... 47
Application de la notion de fraude..... 47

A. — Délai dans lequel le propriétaire doit occuper effectivement l'immeuble..... 49

B. — Durée d'occupation commerciale de l'immeuble repris..... 52

§ II : Des conséquences de la reprise frauduleuse.... 54

A. — Paiement de l'indemnité d'éviction.... 54

B. — Exclusion des indemnités fondées sur l'idée d'enrichissement sans cause..... 56

CHAPITRE II

Etablissement par un propriétaire *déjà commerçant* d'un fonds de commerce dans son immeuble. — Notions générales, fraude présumée. — Plan..... 59

Section I. — Conditions d'existence de la fraude caractérisée 61

§ I : Acquisition de l'immeuble..... 62
La Règle..... 62
Construction de l'immeuble..... 63

§ II : Qualité de commerçant à la date de l'acquisition de l'immeuble..... 64

La Règle..... 64

Intention éventuelle de s'établir commerçant.. 64

Acquisition par une Société lors de sa constitution, d'un immeuble et d'un fonds de commerce 65

Reprise effectuée par un associé, en vue de réaliser son apport..... 67

Conséquences pratiques..... 67

Pages

§ III : Agrandissement des locaux ou fondation d'une succursale 70

A. — Elément intentionnel, motif de l'acquisition de l'immeuble 70

B. — Elément matériel, résultat de l'acquisition et de la reprise 71

La Règle 71

Fondation d'une succursale 72

Agrandissement des locaux 72
Solution jurisprudentielle ... 73

La controverse Son examen 76
Conséquences 77

Transfert du fonds de commerce 78

Projet de réforme de la loi du 30 Juin 1926 .. 80

C. Applications 81

a) Reprise de locaux commerciaux par étapes successives 81

b) Groupement des locaux commerciaux d'une entreprise 83

Section II. — Charge de la Preuve 85

§ I : Acquisition datant de moins de cinq ans 85

Présomption légale 85

Preuve contraire. — Transfert 87

Preuve contraire. — Non identité de commerce. 88

§ II. — Acquisition datant de plus de cinq ans 91

Absence de présomption légale. — Preuve à la charge du locataire 91

Appendice. — *a*) Conclusion 93

b) Etat actuel du projet de réforme 95
Proposition de Loi 97

DEUXIEME PARTIE

Conséquences de la réunion dans les mêmes mains des propriétés : de l'immeuble, et du fonds de commerce qui y est exploité 107

CHAPITRE PREMIER

Nature des droits du commerçant propriétaire, sur l'immeuble et sur le fonds de commerce 113

Notions générales. — Plan 113

1er Système. — Nature mobilière des droits du commerçant propriétaire 115

PAGES

2me SYSTÈME. — Nature immobilière des droits du commerçant propriétaire 118

§ I : Rappel de la théorie de l'immobilisation par destination 120

A. — Condition de l'immobilisation par destination 120

B. — Fin de l'immobilisation par destination 123

§ II : *Première conséquence.* — Non-application de la théorie de l'immobilisation par destination, *au fonds de commerce tout entier*.. 125

§ III : *Seconde conséquence.* — Application de la théorie de l'immobilisation par destination à *certains éléments corporels du fonds de commerce* 128

3me SYSTÈME. — Nature double mobilière et immobilière des droits du commerçant propriétaire.. 130

CHAPITRE II

DU DROIT A L'OCCUPATION DE L'IMMEUBLE..... 137

SECTION I : Importance du droit à l'occupation d'un immeuble 137

L'Elément essentiel du fonds de commerce.. 138

Rapports du lieu de l'exploitation et de la clientèle 139

Législation 143

Pratique notariale..... 144

Jurisprudence 147

SECTION II : Sort de l'élément « Droit au Bail » au cas du cumul des deux propriétés..... 151

§ I : Le nantissement constitué par un commerçant propriétaire de son immeuble a-t-il pour objet l'usage du local?..... 157

Le problème..... 157

Solution possible..... 159

Solutions proposées..... 160

§ II : Le nantissement constitué par un commerçant, antérieurement à l'acquisition par lui de son immeuble, continue-t-il à porter sur le droit au bail?..... 162

Solution jurisprudentielle : Critique : Solution proposée 162

CHAPITRE III

Pages

Du nantissement du matériel, immeuble par destination.. 167

1re Théorie. — Le matériel immeuble par destination, ne peut être compris dans un nantissement de fonds de commerce. — Enoncé. — Jurisprudence. — Doctrine. — Conséquences 170

2me Théorie. — Le matériel devenu immeuble par destination peut être compris dans le nantissement du fonds de commerce..... 176

Examen et origine de la difficulté. — Conséquences 176

Détournement d'objets compris dans un nantissement de fonds de commerce... 185

Conflit entre créancier nanti, et bailleur d'immeuble 186

CHAPITRE IV

De la réalisation des biens du commerçant propriétaire 189

Section I : Compétence du Tribunal Civil..... 190
Règles propres à chacune des ventes..... 191
Solution jurisprudentielle..... 193

Section II : Objet de réalisation. — Formation des lots. 197

§ I : Il n'existe aucun créancier..... 197

§ II : Il existe des créanciers nantis, ou des créanciers hypothécaires..... 198

Section III : Surenchère en cas de vente globale..... 201

Section IV : Conséquence en matière d'enregistrement.. 205

a) Tarifs..... 205

b) Surtaxes 208

c) Délais d'expertise..... 209

Appendice. — *a*) Pratique trop fréquente..... 210

b) Solution proposée..... 211

c) Justification de la solution proposée.... 213

Conclusion 217

Bibliographie 223